Margot Gebhardt-Benischke

DIE KLAGE AUF FESTSTELLUNG DER RECHTSWIDRIGKEIT EINES VOR KLAGEERHEBUNG ERLEDIGTEN VERWALTUNGSAKTES

1972

1973

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547219_0048

Die Klage
auf Feststellung der Rechtswidrigkeit
eines vor
Klageerhebung erledigten Verwaltungsaktes

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von
Margot Gebhardt-Benischke
aus Oppava (Troppau)

1971

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Berichterstatter:

Prof. Dr. Christian-Friedrich Menger
Prof. Dr. Werner Hoppe

Dekan:

Prof. Dr. Hans Kiefner

Tag der mündlichen Prüfung: 13.2.1972

Inhaltsverzeichnis

Schrifttum VII
Abkürzungen XIII
Einleitung 1

1.Kapitel

Untersuchung der Klagearten der Verwaltungsgerichtsordnung auf ihre Eignung, Rechtsschutz gegen vor Klageerhebung erledigte Verwaltungsakte zu gewähren 4

A) Die Anfechtungsklage 4

I. Die für die Anfechtungsklage erforderliche Qualität des Verwaltungsaktes 4

II. Bestimmung des Begriffs "erledigter" Verwaltungsakt 5

1. Erledigung des Verwaltungsaktes als synonymer Ausdruck für die Unaufhebbarkeit des Verwaltungsaktes 5

2. Das für die Erledigung bestimmende Kriterium... 6

a) Stand der Meinungen 6

b) Kritik und Lösung 8

III.Teilergebnis 13

B) Die Feststellungsklage des § 43 VwGO 13

C) Teilergebnis 2o

2.Kapitel

Entwicklung einer Klage gegen vor Klageerhebung erledigte Verwaltungsakte im Wege der Rechtsfortbildung "praeter legem"..... 21

A) Stand der Meinungen, insbesondere unter dem Gesichtspunkt ihres methodischen Vorgehens..... 21

B) Methodenanalyse und -kritik..... 24

C) Darstellung des eigenen methodischen Ansatzes bei der Bestimmung der Zulässigkeit einer Rechtsfortbildung praeter legem..... 27

D) Versuch einer Lösung des Problems..... 31

I. Die legislatorische Ermächtigung zur Entwicklung einer Klage gegen vorher erledigte Verwaltungsakte..... 31

II. Die widerspruchslose Einfügung der Klage in das System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes..... 33

1. Die Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs für Klagen gegen vorher erledigte Verwaltungsakte..... 34

2. Die Einschränkung der Zulässigkeit der Klage durch Klagefrist und Vorverfahren..... 43

a) Überblick über den Stand der Meinungen unter dem Gesichtspunkt des methodischen Vorgehens..... 44

b) Die Zulässigkeit einer Reduktion der Klage analog § 74 VwGO..... 47

aa) Bei Erledigung des Verwaltungsaktes im Stadium seiner Anfechtbarkeit..... 47

(1) Stand der Meinungen..... 47

(2) Versuch einer Lösung des Problems.. 48

(a) Ermittlung des für § 74 VwGO maßgebenden gesetzgeberischen Grundes..... 49

(b) Möglichkeit der Übertragung auf die Klage gegen vorher erledigte Verwaltungsakte..... 51

(c) Die Einordnung der Klage in das Begriffspaar "ursprüngliche" und "nachträgliche" Verwaltungsstreitigkeiten..... 52

bb) Bei Erledigung des Verwaltungsaktes im Stadium seiner Unanfechtbarkeit..... 58

(1) Stand der Meinungen..... 58

(2) Kritik und eigene Lösung..... 58

c) Die Zulässigkeit einer Reduktion der Klage durch Vorschaltung eines Vorverfahrens analog §§ 68 ff VwGO..... 62

aa) Darstellung der Argumentationen für und gegen ein Vorverfahren als Sachurteilsvoraussetzung der Klage gegen einen erledigten Verwaltungsakt..... 62

bb) Versuch einer Lösung des Problems..... 64

(1) Aussonderung der ungeeigneten Argumente..... 64

(2) Problemstellung und Methode der Problemlösung..... 65

(a) der den §§ 68 ff VwGO zugrundeliegende gesetzgeberische Grund.. 67

(b) Überprüfung des Vorverfahrens gegen erledigte Verwaltungsakte auf die entsprechende Funktionserfüllung der §§ 68 ff VwGO..... 68

(aa) Entlastungsfunktion..... 69

(aaa) Bei Feststellung der Unzweckmäßigkeit..... 69

(bbb) Bei Feststellung der Rechtswidrigkeit..... 70

(bb) Selbstkontrollfunktion..... 75

(cc) Rechtsschutzfunktion..... 76

(dd) Konsequenz..... 76

cc) Kostenlast bei sofortigem Anerkenntnis der Rechtswidrigkeit im Prozeß..... 77

3.Kapitel

Das berechtigte Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit des erledigten Verwaltungsaktes..... 79

A) Sonderprobleme des berechtigten Interesses bei der Fortsetzungsfeststellungsklage des § 113 Abs. 1 S.4 VwGO..... 79

I. Kosteninteresse..... 79

II. Das berechtigte Interesse im Hinblick auf einen Amtshaftungsprozeß..... 81

1. Problemstellung..... 81

2. Darstellung des Streitstandes..... 83

3. Versuch einer Lösung des Problems..... 87

B) Gemeinsame Probleme des berechtigten Interesses bei vorheriger und nachträglicher Erledigung..... 93

I. Die abstrakte Bestimmung des berechtigten Interesses bei dieser besonderen Feststellungsklage..... 93

II.Konkretisierung..... 97

Schrifttum

Bachof	Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts. Band I, BVerwGE 1-12, 3. Aufl., Tübingen 1966. Band II, BVerwGE 13-16, Tübingen 1967. Zitierweise: VerfR I,II.
Bergmann	Anmerkung zu BVerwG, Urt. vom 8.11.1957 und Urt. vom 2o.5.1958 in NJW 1959 S. 5oo. Das Rechtsschutzbedürfnis bei der verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage. Abgedruckt in VerwArch. 1958 S.333.
Bettermann	Das erfolglose Vorverfahren als Prozeßvoraussetzung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens. Abgedruckt in DVBl. 1959 S.3o8.
Brandl	Streiterledigung ohne Urteil in der Hauptsache. Abgedruckt in BayVBl. 1967 S. 83.
Brauer	Die beiden Feststellungsklagen im Verwaltungsstreitverfahren der britischen Zone. Abgedruckt in MDR 1951 S.457.
Canaris	Die Feststellung von Lücken im Gesetz. Berlin 1964
Clasen	Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des Verwaltungsvorverfahrens als Voraussetzung des Verwaltungsgerichtsprozesses. Abgedruckt in NJW 1958 S.861.

Clasen	Zur Zulässigkeit der Feststellungsklage auf Rechtswidrigkeit eines erledigten Verwaltungsaktes nach § 113 Abs. 1 S.4 VwGO. Abgedruckt in Staats- und Kommunalverwaltung 1965 S.168.
Czermak	Anmerkung zu VGH Kassel, Urt. vom 22. 11.1963 in NJW 1964 S.1663.
Danckelmann	Anmerkung zu BVerwG, Urt. vom 8.11. 1957 in NJW 1958 S.312.
Engisch	Einführung in das juristische Denken. 4. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1968.
Erichsen/Hoffmann Becking	Fallbesprechung in Jus 1971 S.144.
Esser	Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Frankfurt/Main 197o
Eyermann/Fröhler	Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar von Erich Eyermann und Ludwig Fröhler, 5. Aufl., München und Berlin 1965.
Fürst/Kellner	Verwaltungsstreitverfahren. Stuttgart, Düsseldorf 1967
Geiger	Verwaltungsgerichtlicher Schutz gegen Polizeiexzesse, ein Beitrag zur Bedeutung des Art. 19 Abs. 4 GG. Abgedruckt in Festschrift für den 45. Deutschen Juristentag, Karlsruhe 1964 S. 61.
van Gelder	Feststellungsklage eigener Art. Abgedruckt in Jus 1965 S.89.
Giesges	Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Britischen Zone, VO Nr. 165 -zugleich eine Ergänzung zu: Die Verwaltungs-

	gerichtsbarkeit in Hamburg unter Einschluß der VO Nr. 141. Hamburg 1948.
Göppinger	Die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache. Stuttgart 1958.
Haak	Der praktische Fall in Jus 1967 S.271.
Herzog/Schick	Verfassungs-und Verwaltungsgerichtsbarkeit. München 1969.
von Jan	Das Vereinsgesetz für das Deutsche Reich mit Nebengesetzen. München 1931.
Klinger	Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung. 2.Aufl., Göttingen 1964.
Kniesch	Zur Verfassungsmäßigkeit des Vorverfahrens als Voraussetzung des Verwaltungsgerichtsprozesses. Abgedruckt in NJW 1958 S.576.
Larenz	Methodenlehre der Rechtswissenschaft. Berlin, Göttingen, Heidelberg . 2. Aufl. 1969.
Leibholz/Rinck	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Köln 1966.
Lerche	Zwischenbilanz der Klage gegen nichtige Verwaltungsakte. Abgedruckt in DÖV 1954 S.712.
Lüke	Der Streitgegenstand im Verwaltungsprozeß. Abgedruckt in Jus 1967 S.1.
Mang	Zulässigkeit der Anfechtungsklage gegen einen erledigten Verwaltungsakt. Abgedruckt in BayVBl. 1955 S.241.

Mang/Maunz/Mayer/ Obermayer	Staats-und Verwaltungsrecht in Bayern. 2. Aufl., München 1964.
v.Mangoldt/Klein	Das Bonner Grundgesetz. 2.Aufl., unveränderter Nachdruck, Berlin, Frankfurt 1966.
Maunz/Dürig/Herzog	Grundgesetz. Kommentar von Theodor Maunz, Günter Dürig und Roman Herzog. Band I, Art. 1-69, München 1971.
Menger	System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes. Tübingen 1954.
	Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht in VerwArch. 1960 S.66.
	Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht in VerwArch. 1965 S.93.
Menger/Erichsen	Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht in VerwArch. 1968 S.81.
	Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht in VerwArch. 1968 S.177.
	Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht in VerwArch. 1969 S.387.
Meyer	Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz und erledigter Verwaltungsakt. Abgedruckt in DVBl. 1956 S.190.
Müller	Die sekundäre Feststellungsklage nach der Verwaltungsgerichtsordnung. Abgedruckt in DÖV 1965 S.38.

Müller-Tochtermann	Die Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache nach der Verwaltungsgerichtsordnung. Abgedruckt in VerwArch. 1962 S.45.
v.Mutius	Das Widerspruchsverfahren der VwGO als Verwaltungsverfahren und Prozeßvoraussetzung. Diss. Jur. Kiel, Berlin 1969.
Naumann	Zur Verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage. Abgedruckt in DVBl. 1951 S.14o.
Obermayer	Die verwaltungsgerichtlichen Klagen. Abgedruckt in BayVBl. 196o S.21o.
Redeker/v.Oertzen	Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar von Konrad Redeker und Hans-Joachim v. Oertzen. 2. Aufl., Stuttgart 1965 und 4. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1971.
Renck	Feststellung der Wirksamkeit von Verwaltungsakten. Abgedruckt in NJW 1965 S.1791.
	Verwaltungsakt und Feststellungsklage. Abgedruckt in Jus 197o S.113.
Samper	Kommentar zum bayerischen Polizeiaufgabengesetz. München 1965.
Schack	"Analogie" und "Verwendung allgemeiner Rechtsgedanken" bei der Ausfüllung von lücken in den Normen des Verwaltungsrechts. Abgedruckt in Festschrift zu Ehren von Rudolf Laun, Hamburg 1948 S.275.
	Zitierweise: Analogie.
Schenke	Rechtsschutz gegen Strafverfolgungsmaßnahmen der Polizei. Abgedruckt in VerwArch. 1965 S.332.

Schenke	Klage gegen erledigte Verwaltungsakte ohne Widerspruchsverfahren. Abgedruckt in BayVBl. 1969 S.3o4.
Schiedermayer	Einführung in das bayerische Polizeirecht. München und Berlin 1961.
Schmidt-Bleibtreu/Klein	Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Neuwied, Berlin 1967
Schober	Anfechtungsklage und erledigter Verwaltungsakt. Abgedruckt in DÖV 1966 S.552.
Schönke	Das Rechtsschutzbedürfnis. Studie zu einem zivilprozessualen Grundbegriff. Detmold, Frankfurt, Berlin 195o.
Schrödter	Die verwaltungsgerichtliche Entscheidung. 2.Aufl., Düsseldorf 1965.
Schüffner	Der Anspruch auf Feststellung der Unzulässigkeit eines erledigten Verwaltungsaktes. Abgedruckt in DÖV 1952 S.455.
Schunck-De Clerck	Verwaltungsgerichtsbarkeit. Kommentar von Egon Schunck und Hans De Clerck. 2. Aufl., Siegburg 1967.
Siemer	Normenkontrolle durch Feststellungsklage. Diss. Jur. , Berlin 1971.
Stern	Verwaltungsprozessuale Grundprobleme der öffentlichrechtlichen Arbeit. Abgedruckt in Jus 1965 S.3o6.
Thomas-Putzo	Zivilprozeßordnung mit Nebengesetzen. 5. Aufl., München 1971.
Tietgen	Anmerkung zu BVerwG, Beschluß vom 8.7. 1958 in DVBl. 1958 S.714.

Tietgen	Das verwaltungsprozessuale Rechtsschutzbedürfnis im Hinblick auf zivilgerichtlich verfolgbare Ersatzleistungsansprüche. Abgedruckt in DVBl. 196o S.261
Tschira/Schmitt Glaeser	Grundriß des Verwaltungsprozeßrechts. Stuttgart, München, Hannover 197o.
Ule	Verfassungsrecht und Verwaltungsprozeßrecht. Abgedruckt in DVBl. 1959 S.537.
	Verwaltungsgerichtsbarkeit. 2. Aufl., Köln, Berlin, München, Bonn 1962.
	Verwaltungsprozeßrecht. 5.Aufl., München und Berlin 1966.
Wittig	Die Erledigung von Verwaltungsakten vor Rechtshängigkeit einer Klage. Abgedruckt in BayVBl. 1964 S.394.
Wolff Hans J.	Verwaltungsrecht. Band I, 8. Aufl., München 1971.
	Verwaltungsrecht. Band III, 2. Aufl., München und Berlin 1967.

Abkürzungen

a.A.	anderer Ansicht
Anm.	Anmerkung
AS	Amtliche Sammlung
Bad.VGH	Verwaltungsgerichtshof für das (ehemalige) Land Baden
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter (zit. nach Jahr und Seite)
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof München
Beschl.	Beschluß
BGH	Bundesgerichtshof
BSG	Bundessozialgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (zit. nach Band und Seite)
Diss. jur.	Juristische Dissertation
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (zit. nach Jahr und Seite)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt (zit. nach Jahr und Seite)
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz vom 22. Jan. 1877, Schönfelder Nr. 95 a)
FGO	(Bundes)-Finanzgerichtsordnung vom 6.Oktober 1965 (SaBl.1821)
Fn.	Fußnote
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (Sartorius Nr.1)
GewArch.	Gewerbearchiv (zit. nach Jahr und Seite)
Hess.VGH	Verwaltungsgerichtshof für das Land Hessen in Kassel
hM	herrschene Meinung
Jus	Juristische Schulung (zit. nach Jahr und Seite)
LS	Leitsatz

MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (zit. nach Jahr und Seite)
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue juristische Wochenschrift (zit. nach Jahr und Seite)
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte Münster und Lüneburg (zit. nach Band und Seite)
Rdn.	Randnummer
SGG	(Bundes)-Sozialgerichtsgesetz vom 3. September 1953 (SaBl. 1303)
u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen
Urt.	Urteil
VerfR	Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des BVerwG, von Otto Bachof, in 2 Bänden
VerwArch.	Verwaltungsarchiv (zit. nach Jahr und Seite)
VerwRspr.	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland (zit. nach Band und Seite)
VG	Verwaltungsgericht
VGG	(Landes)-Verwaltungsgerichtsgesetz
VGH	Verwaltungsgerichtshof
Vgl.	Vergleiche
VGVO	Verordnung Nr. 165 der britischen Militärregierung über Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone (VOBl. für die brit. Zone 1948 S.263)
VwGO	(Bundes)-Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Januar 1960 (Sartorius Nr.600)
Württ.Bad.VGH	Verwaltungsgerichtshof für das Land Baden-Württemberg
ZPO	Zivilprozeßordnung von 1877 idF. vom 12.September 1950 (Schönfelder Nr.100)

Einleitung

Die Verwaltungsgerichtsordnung hat in § 113 Abs. 1 S.4 dem Anfechtungskläger die Möglichkeit eröffnet, vom Aufhebungsantrag der Anfechtungsklage zum Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes überzugehen, wenn sich der Verwaltungsakt nach erhobener Anfechtungsklage erledigt hat. Für den Fall, daß sich der Verwaltungsakt bereits vor Erhebung der Anfechtungsklage erledigt hat, ist eine entsprechende Rechtsschutzmöglichkeit nicht oder jedenfalls nicht explizit vorhanden.

Die damit gestellte Frage, ob und gegebenenfalls auf welchem Wege es Rechtsschutz gegen solche Verwaltungsakte gebe, die sich erledigt haben, bevor der Adressat hatte Anfechtungsklage erheben können, gliedert sich auf in die Fragen, ob dieser Rechtsschutz über eine der in der Verwaltungsgerichtsordnung geregelten Klagen zu erlangen sei oder ob, falls das nicht der Fall sei, eine entsprechende Rechtsschutzmöglichkeit im Wege richterlicher Rechtsfortbildung entwickelt werden müsse und wie diese Rechtschutzmöglichkeit konkret auszugestalten sei.

In der Beantwortung dieser Fragen sind bis in die sechziger Jahre hinein drei Grundpositionen zu unterscheiden. Die erste Grundposition wird eingenommen von denjenigen, die dieses Rechtsschutzbegehren als von der Verwaltungsgerichtsordnung über die Anfechtungs- bzw. Feststellungsklage erfaßt ansehen; nach der zweiten Grundposition unterfällt das Rechtsschutzbegehren keiner der in der Verwaltungsgerichtsordnung geregelten Klagen, und eine entsprechende Rechtsfortbildung wird als unzulässig angesehen; die dritte Grundposition um-

faßt alle diejenigen, die das Rechtsschutzbegehren zwar keiner der ausdrücklich geregelten Klagen der Verwaltungsgerichtsordnung zuordnen, die aber die Notwendigkeit und Zulässigkeit bejahen, eine Klage gegen erledigte Verwaltungsakte im Wege richterlicher Rechtsfortbildung zu entwickeln.

In der Auseinandersetzung um den Rechtsschutz gegen vor Klageerhebung erledigte Verwaltungsakte wird die zweite der oben dargestellten Grundpositionen seit neuestem nicht mehr vertreten. Die Frage, ob es überhaupt Rechtsschutz gegen vor Klageerhebung erledigte Verwaltungsakte geben könne, ist damit aus der Diskussion. Die Auseinandersetzungen konzentrieren sich heute auf das "Wie" der Rechtsschutzgewährung bei erledigten Verwaltungsakten und damit auf die erste und dritte der oben skizzierten Grundpositionen, die allerdings in sich wieder vielfach differenziert sind.

Für die Vertreter der ersten Grundposition entstehen außer dem jeweils zu führenden Nachweis, daß das Rechtsschutzbegehren der Anfechtungs- bzw. Feststellungsklage zu subsumieren sei, keine weiteren Schwierigkeiten, denn die konkrete Ausgestaltung der Klage gegen einen erledigten Verwaltungsakt ist dann jeweils durch die Verwaltungsgerichtsordnung vorgegeben. Anders verhält es sich damit für die Vertreter der dritten Grundposition, die sich vor die Notwendigkeit und Schwierigkeit gestellt sehen, eine entsprechende Klage erst zu entwickeln. Für sie stellt sich das Problem, die Klage über die Feststellung ihrer Zulässigkeit hinaus inhaltlich, d.h. hinsichtlich ihrer Sachurteilsvoraussetzungen, aus dem vorgegebenen System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes heraus zu entwickeln.

Da - wie im ersten Kapitel der Arbeit zu zeigen sein wird - das Rechtsschutzbegehren gegen erledigte Verwaltungsakte weder der Anfechtungs- noch der Feststellungsklage unterfällt und somit die Notwendigkeit besteht, eine Klage gegen erledigte Verwaltungsakte zu entwickeln, sind es hauptsächlich die Probleme der systemgerechten Entwicklung und inhaltlichen Ausgestaltung der Klage, die den Gegenstand der nachfolgenden Untersuchungen bilden.

1. Kapitel

Untersuchung der Klagearten der Verwaltungsgerichtsordnung auf ihre Eignung, Rechtsschutz gegen vor Klageerhebung erledigte Verwaltungsakte zu gewähren

A) Die Anfechtungsklage

Die Anfechtungsklage soll einer relativ häufig vertretenen Meinung zufolge das geeignete Vehikel sein, mittels dessen der von einem erledigten Verwaltungsakt Betroffene Rechtsschutz erlangen kann.[1] Diese Auffassung kann nur dann zutreffen, wenn der erledigte Verwaltungsakt noch die für die Anfechtungsklage erforderliche Qualität besitzt.

I. Die für die Anfechtungsklage erforderliche Qualität des Verwaltungsaktes

Gemäß § 42 I VwGO kann mit der Anfechtungsklage die Aufhebung eines Verwaltungsaktes begehrt werden. Die Anfechtungsklage kann aufgrund der ihr damit zugewiesenen Rechtsschutzmöglichkeit nur dann zum Zuge kommen, wenn ein Verwaltungsakt angegriffen werden soll, der noch aufgehoben werden kann. Die Anfechtungsklage ist die geeignete Klageart gegen erledigte Verwaltungsakte also nur unter der Bedingung, daß ein erledigter Ver-

---

1) Vgl. BayVGH, Beschl. vom 30.10.1960 in VerwRspr. 12 S. 753(754), betr. VGG; OVG Münster, Urt. vom 23.1.1957 in OVGE 12 S. 112(114/115), betr. VGVO; OVG Hamburg, Urt. vom 30.1.1953 in DVBl. 1953 S.250, betr. VGVO; (anders seit Urt. vom 22.4.1966 in DVBl. 1967 S.422f.); Eyermann-Fröhler, § 42 VwGO, Rdnr.11; Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, S.234; Müller, Klaus, Diss.jur. 1966 S.91/92; Schober in DÖV 1966 S.552 f;

waltungsakt noch aufgehoben werden kann.

II. Bestimmung des Begriffs "erledigter" Verwaltungsakt

1. Erledigung als synonymer Ausdruck für die Unaufhebbarkeit des Verwaltungsaktes

Die Verwaltungsgerichtsordnung verwendet den Begriff "erledigter" Verwaltungsakt lediglich in § 113 Abs. 1 S. 4. Aus § 161 Abs. 2 VwGO, der auf § 113 Abs. 1 S.4 VwGO Bezug nimmt, folgt, daß die Erledigung des Verwaltungsaktes während des Anfechtungsprozesses zur Erledigung der Hauptsache, d.h. zum Gegenstandsloswerden des Antrags auf Aufhebung des Verwaltungsaktes führt. Daß das entscheidende Kriterium für die Erledigung des Verwaltungsaktes das Gegenstandsloswerden des Aufhebungsantrages ist, ergibt sich auch unmittelbar aus § 113 Abs. 1 S.4 VwGO, demzufolge der Übergang vom Aufhebungsantrag der Anfechtungsklage zum Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes abhängig ist von seiner Erledigung. Erledigt ist demnach der Verwaltungsakt, der nicht mehr aufgehoben werden kann. Damit scheidet aber die Anfechtungsklage als geeignete Klageart gegen erledigte Verwaltungsakte ex definitione aus.[2)3)]

---

2) Wenn Schober in DÖV 1966 S.552 (553) dessen ungeachtet die Anfechtungsklage dennoch für die geeignete Klageart hält, weil es seiner Meinung nach eine(im Zivilrecht längst überwundene) naturwissenschaftlich-formalistische Betrachtungsweise sei, wenn man den erledigten Verwaltungsakt als nicht mehr aufhebbar ansehe, so übersieht er, daß es nur darauf ankommen kann zu ermitteln, welcher Begriff der Erledigung der VwGO zugrundeliegt. Ob die ermittelte Begriffsbestimmung richtig oder falsch ist, hängt allein davon ab, ob das vorgefundene Material richtig ausgewertet wurde. Mit dem Argument, daß das gefundene Ergebnis naturwissenschaftlich-formalistisch anmute, kann nicht dessen Richtigkeit, sondern nur

2. Das für die Erledigung des Verwaltungsaktes bestimmende Kriterium

Um aber in einem konkreten Fall bestimmen zu können, ob ein Verwaltungsakt noch mit der Anfechtungsklage angegriffen werden kann oder ob das wegen seiner Erledigung nicht mehr der Fall ist, ist es notwendig, in einem Exkurs zu klären, von welchen Kriterien es abhängt, ob ein Verwaltungsakt noch aufgehoben werden kann oder ob er sich bereits erledigt hat.

a) Stand der Meinungen

§ 113 Abs. 1 S.4 VwGO gibt keine Legaldefinition der Aufhebbarkeit von Verwaltungsakten. Die Vorschrift setzt die Aufhebbarkeit als Regelfall voraus und beschränkt sich auf eine recht allgemeine Aufzählung von Ereignissen ("durch Zurücknahme oder anders"), die die Erledigung herbeiführen, den Verwaltungsakt also unaufhebbar machen. Über die Frage, welches das Kriterium sei, nachdem sich bestimme, ob ein Verwaltungsakt noch aufhebbar sei oder ob er sich bereits erledigt habe, besteht Streit.

---

die Begriffsbestimmung selbst infragegestellt, also rechtspolitische Kritik geübt werden.

3) Unergiebig ist auch das Argument des BayVGH in Verw Rspr. 12 S.753(754), daß es nicht von Zufälligkeiten abhängen dürfe, ob eine Anfechtungsklage zulässig sei oder nicht, weil das insbesondere bei kurzlebigen Verwaltungsakten dazu führe, dem Betroffenen Rechtsschutz zu versagen. Ob eine Klage zulässig ist, hängt nicht davon ab, daß ihre Voraussetzungen irgendwann, sei es auch kurz vor Klageerhebung vorgelegen haben, sondern davon, daß sie im Zeitpunkt der Klageerhebung vorliegen. Das Gericht sah sich zu dieser Argumentation auch nur deshalb gezwungen, weil es davon ausging, daß es Rechtsschutz gegen erledigte Verwaltungsakte nur im Wege der Anfechtungsklage geben könne.

Die in Rechtsprechung[4] und Literatur[5] überwiegende Meinung stellt darauf ab, ob der Zustand, der ohne den Erlaß des Verwaltungsaktes bestehen würde, durch das Gericht noch hergestellt werden kann. Nicht mehr aufhebbar und damit erledigt ist ein Verwaltungsakt nach dieser Meinung dann, wenn er vollzogen wurde und die Vollziehung nicht mehr rückgängig gemacht werden kann[6] oder wenn der Zeitpunkt oder Zeitraum, auf den der Verwaltungsakt bezogen war, bereits verstrichen ist[7]. Ein Teil des Schrifttums[8] und der -älteren- Rechtsprechung[9] lehnt die noch gegebene Gestaltungslage als Kriterium für die Aufhebbarkeit von Verwaltungsakten ab. Ein Teil dieser Gegenmeinung sieht einen Verwal-

---

4) Vgl. BVerwG, Urt. vom 9.2.1967 in DVBl.1967 S.379 (380); OVG Hamburg, Urt. vom 22.4.1966 in DVBl. 1967 S.422 (424);

5) Vgl. Menger/Erichsen in VerwArch. 1968 S.167 f (181). Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 113 Anm. I 3 a; Stern in Jus 1965 S. 306 (309).

6) zB: polizeiliche und ordnungsbehördliche Zwangsmaßnahmen wie der Abbruch eines baufälligen Hauses: OVG Münster, Beschl. vom 30.6.1950 in DVBl. 1951 S.145.
Schläge mit dem Polizeiknüppel: BVerwG, Urt. vom 9.2.1967 in DVBl. 1967 S.379 (381); Geiger in Festschrift für den 45. Dt. Juristentag, S.61 f; Menger/Erichsen in VerwArch. 1968 S.167 (181).

7) zB: vorübergehendes Verkaufsverbot: BVerwG, Urt. vom 28.2.1961 in DVBl. 1961 S.444 f; VGH Stuttgart, Urt. vom 11.2.1957 in DÖV 1957 S.217 f;

befristete Verkehrssperrung: Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 113 Anm. I 3 a;

Versammlungs- und Demonstrationsverbot: OVG Hamburg, Urt. vom 22.4.1966 in DVBl. 1967 S.422 f.

8) Vgl. Renck in Jus 1970 S.113 f(115); Schober in DÖV 1966 S.552 f (553); Müller, Klaus in DÖV 1965 S. 38 f (39).

9) Vgl. BayVGH, Beschl. vom 10.3.1960 in VerwRspr. 12 S. 753 f; OVG Münster, Urt. vom 23.1.1957 in OVGE 12 S.112 f;

tungsakt solange als aufhebbar an, wie noch irgendwelche nachteiligen Wirkungen von ihm ausgehen;[10] noch weitergehend soll nach einem anderen Teil dieser Gegenmeinung ein Verwaltungsakt solange aufhebbar sein, wie er von der Behörde noch nicht zurückgenommen worden ist.[11]

b) Kritik und eigene Lösung

Daß die erste dieser Gegenmeinungen nicht richtig sein kann, folgt bereits unmittelbar aus § 113 Abs. 1 S.4 VwGO. Da nämlich ein berechtigtes Interesse an einer gerichtlichen Sachentscheidung nur gegeben ist, wenn der Kläger in seiner Rechtsstellung beeinträchtigt ist, ist mit diesem Erfordernis des § 113 Abs. 1 S.4 VwGO zugleich gesagt, daß von einem Verwaltungsakt trotz seiner Erledigung noch nachteilige Wirkungen ausgehen können, daß also die Erledigung nicht erst mit dem Fortfall jeglicher beeinträchtigender Wirkungen eintritt. Insgesamt stellt diese unrichtige Begriffsbestimmung eine offensichtliche Notlösung dar. Ihre Vertreter gehen nämlich von der irrigen Vorstellung aus, daß es außer im Falle des § 113 Abs. 1 S.4 VwGO Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte nur im Wege der Anfechtungsklage geben könne. Das unabweisbare Bedürfnis, auch in den Fällen Rechtsschutz zu gewähren, in denen eine richterliche Gestaltung nicht mehr in Betracht kommt, nötigt dazu, auch bei dieser Sachlage die Aufhebbarkeit des Verwaltungsaktes zu postulieren, indem man den Begriff der Erledigung so definiert, daß immer dann, wenn der Kläger noch ein Rechtsschutzinteresse nachweisen kann,

---

10) Vgl. BayVGH, Beschl. vom 10.3.1960 in VerwRspr. 12 S.753 (754); Müller in DÖV 1965 S.38 f.

11) Vgl. Renck in Jus 1970 S.113 (115); Schober in DÖV 1966 S.552 (553).

die Erledigung des Verwaltungsaktes noch nicht eingetreten sein soll - ein Kunstgriff, der zur Problemlösung nicht beiträgt.

Einer eingehenderen Untersuchung bedarf die Meinung, die jeden noch nicht zurückgenommenen, formal also noch vorhandenen Verwaltungsakt als aufhebbar ansieht. Diese Ansicht wird folgendermaßen begründet: aus den Vorschriften über die Wiederaufnahme unanfechtbar abgeschlossener Verfahren sei zu entnehmen, daß jeder Titel ohne Rücksicht auf seinen Inhalt oder das rechtliche Schicksal des Streitgegenstandes nach der Entscheidung aufgehoben werden könne. Weil Verwaltungsakte richtiger Ansicht nach Titelqualität hätten und nicht lediglich Zweckschöpfungen im Interesse der Rechtsschutzgewährung seien, müsse das auch für Verwaltungsakte gelten.[12)]

Die Vertreter dieser Ansicht gehen von der Zulässigkeit einer besonderen Klage gegen erledigte Verwaltungsakte aus. Da sie also nicht gezwungen sind, den Begriff der Erledigung zu weit zu fassen, um zur Zulässigkeit des Rechtsschutzes bei nicht mehr gegebener Gestaltungslage zu kommen, ist ihr Interesse an der Klärung des Begriffs der Erledigung - wie das der vorliegenden Arbeit - primär ein solches an der systematischen Durchdringung des vorgefundenen Rechtsstoffes.

Untersucht man jedoch das methodische Vorgehen dieser Meinung, so zeigt sich, daß sie sich bereits im Ansatz den Weg zu einer Lösung des Problems versperrt. Sie geht nämlich davon aus, daß es eine a priori zu entscheidende Frage sei, ob Verwaltungsakte ohne Rücksicht auf eine noch mögliche richterliche Gestaltung aufhebbar seien oder nicht,und versucht, das von ihr als allein richtig vorgefaßte Ergebnis mit Hilfe einer

---

12) Vgl. Renck in Jus 1970 S.113 (115).

Rechtsanalogie zu begründen bzw. eine andere Möglichkeit als naturwissenschaftlich-formalistisch auszuschließen. Dabei wird aber übersehen, daß es letztlich eine Frage der Definition ist, ob man als nicht mehr aufhebbar den Verwaltungsakt bezeichnet, dessen Wirkungen durch eine richterliche Gestaltung nicht mehr beseitigt werden können oder ob man losgelöst von der Möglichkeit richterlicher Gestaltung allein auf den formellen Akt abstellt und definiert, daß jeder formal noch vorhandene Verwaltungsakt aufhebbar sei. Es handelt sich dabei um eine Nominaldefinition, die nur angibt, wie ein Begriff in einer Wissenschaft bzw. einem bestimmten Bereich dieser Wissenschaft benutzt wird.

Für die Lösung des hier anstehenden Problems kann es also nur darauf ankommen zu ermitteln, welche Begriffsbestimmung der Aufhebbarkeit der Verwaltungsgerichtsordnung im Hinblick auf Verwaltungsakte zugrundeliegt. Erkenntnisobjekt ist deshalb allein die Verwaltungsgerichtsordnung, nicht aber irgendwelche Vorschriften aus anderen Prozeßordnungen.

Da die VwGO eine Nominaldefinition = Legaldefinition der Aufhebbarkeit von Verwaltungsakten nicht gibt, muß im Wege der Auslegung der definitorische Ausgangspunkt der VwGO ermittelt werden. Bei dessen Ermittlung kann man durchaus, wie Renck das tut, zunächst eine der in Betracht kommenden Möglichkeiten als die der VwGO zugrundeliegende unterstellen. Diese unterstellte Definition hat dann aber nur den Charakter einer Hypothese. Wissenschaftlich ist eine auf Hypothesen aufbauende Untersuchung aber nur, wenn die Hypothese in sich widerspruchsfrei ist. Renck weist zwar nach, daß die von ihm unterstellte Definition übereinstimmt mit den Vorschriften über die Aufhebbarkeit unanfechtbarer

Urteile; aber diese Übereinstimmung rechtfertigt seine Hypothese hinsichtlich der Aufhebbarkeit von Verwaltungsakten nur, wenn diese Vorschriften überhaupt der Maßstab sind, an dem die Widerspruchsfreiheit der Hypothese zu messen ist. Ob eine hypothetisch unterstellte Definition zutrifft, kann aber nicht an den Vorschriften irgendeiner naheliegenden Rechtsmaterie gemessen werden, sondern nur an der Rechtsmaterie, deren definitorischen Ausgangspunkt man ermitteln will. Wenn man hingegen, wie Renck, ohne weiteres die Aufhebbarkeit von Verwaltungsaktes ebenso definiert wie bei Urteilen, so bedeutet das, übertragen in die Kategorien der juristischen Methode, daß ohne Auslegung sogleich mit einer Rechtsanalogie gearbeitet wird, deren Zulässigkeit nicht geprüft, sondern unterstellt wird. Es liegt auf der Hand, daß ein solches Vorgehen nur zufällig zum richtigen Ergebnis kommen kann, nämlich dann, wenn der VwGO zufällig dieselbe Definition der Aufhebbarkeit von Verwaltungsakten zugrundeliegt wie ihr und den anderen Prozeßordnungen hinsichtlich der Urteile.

Eine Auslegung der VwGO beweist jedoch, daß das nicht der Fall ist. § 113 Abs. 1 S.4 VwGO kennt neben der Zurücknahme noch andere unbenannte Erledigungsgründe. Aus der Systematik des § 113 VwGO, der in seinem Absatz 1 das im Anfechtungsverfahren ergehende Urteil, d.h. also den belastenden Verwaltungsakt und seine für den Urteilsausspruch relevanten Modifikationen regelt, folgt, daß diese unbenannten Erledigungsgründe sich auch auf den belastenden, nicht, wie Renck behauptet, allein auf den begünstigenden Verwaltungsakt beziehen. Damit ergibt sich bereits aus § 113 Abs. 1 S.4 VwGO, daß die Zurücknahme des Verwaltungsaktes nicht der einzige Grund ist, der einen Verwaltungsakt erledigt, d.h. unaufhebbar macht.

§ 113 Abs. 1 VwGO macht darüberhinaus aber auch eine positive Aussage über das die Aufhebbarkeit von Verwaltungsakten konstituierende Kriterium. Aus der Reihenfolge, in der § 113 Abs. 1 VwGO die im Anfechtungsverfahren möglichen Urteilsaussprüche nennt, nämlich erstens Aufhebung des Verwaltungsaktes als Normalfall, zweitens Anordnung, daß ein vollzogener Verwaltungsakt rückgängig zu machen sei, falls die Behörde dazu noch in der Lage ist und drittens die Feststellung seiner Rechtswidrigkeit im Falle seiner Erledigung, folgt, daß Erledigung abgesehen von der Zurücknahme dann eintritt, wenn die Wirkungen eines Verwaltungsaktes nicht mehr rückgängig gemacht werden können, wenn also eine richterliche Gestaltung aus tatsächlichen Gründen nicht mehr möglich ist.

Gegen die Gestaltungslage als Kriterium der Aufhebbarkeit könnte allerdings die Regelung des § 43 Abs. 2 VwGO sprechen, dem zu entnehmen ist, daß auch gegen nichtige Verwaltungsakte Anfechtungsklage erhoben und somit auch ein nichtiger Verwaltungsakt aufgehoben werden kann, obgleich ein Urteil in diesem Fall nichts gestalten würde.[13] Wenn ein nichtiger Verwaltungsakt aufgehoben werden kann, heißt das nur, daß in gewissen Fällen eine überflüssige Aufhebung erfolgt. Auch diese an sich überflüssige Aufhebung kann aber nur unter den Voraussetzungen erfolgen, unter denen ein wirksamer Verwaltungsakt aufgehoben werden könnte, denn § 113 Abs. 1 S.4 VwGO gilt auch für die Anfechtungsklage gegen nichtige Verwaltungsakte. Das heißt aber, daß auch ein nichtiger Verwaltungsakt nur in den Fällen "aufgehoben" werden kann, in denen eine richterliche Gestaltung, wäre der Verwaltungsakt nicht nichtig, aus tatsächlichen Gründen noch erfolgen könnte

---

13) Vgl. Schober in DÖV 1966 S.552 (553);

III. Teilergebnis

Als Teilergebnis ist also festzuhalten, daß ein erledigter Verwaltungsakt nicht mehr mit der Anfechtungsklage angegriffen werden kann und daß - neben dem Fall der Zurücknahme - erledigt der Verwaltungsakt ist, der nicht mehr rückgängig gemacht werden kann, sei es, daß er vollzogen wurde, sei es, daß der Zeitpunkt oder Zeitraum, auf den er bezogen war, bereits verstrichen ist.

B) Die Feststellungsklage des § 43 VwGO

Hat sich ein Verwaltungsakt erledigt, so kommt, da seine Aufhebung ex definitione ausgeschlossen ist, nur noch die gerichtliche Feststellung seiner Rechtswidrigkeit in Betracht. Nach einer nicht unbeachtlichen Mindermeinung[14] soll diese Feststellung im Wege der Feststellungsklage des § 43 VwGO begehrt werden können.

Die Feststellung, daß ein vor Klageerhebung erledigter Verwaltungsakt rechtswidrig gewesen sei, kann nur dann im Wege der Feststellungsklage des § 43 VwGO begehrt werden, wenn der Kläger damit eine Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses begehrt. Unter einem solchen Rechtsverhältnis ist nach überwiegender Definition die durch einen

14) Vgl. Bachof, VerfR II S.277; Renck in NJW 1965 S.1791 (1795); Naumann in DVBl. 1951 S.14o f; Lerche in DÖV 1954 S.712 f (715 Fn.31); Bergmann in VerwArch. 1958 S.333 f; Schiedermayer, S.241; Klinger, § 43 VwGO, S.233 Fn.7; Schüffner in DÖV 1952 S.455 (458);
OVG Lüneburg, Urt. vom 7.12.195o in OVGE 2 S. 211;
OVG Münster, Urt. vom 3.12.1958 in DÖV 1959 S.711.

konkreten Sachverhalt aktualisierte Beziehung zwischen Rechtssubjekten untereinander oder zwischen Rechtssubjekten und Sachen zu verstehen, welche sich als Rechtsfolge aus einem den konkreten Sachverhalt deckenden öffentlich-rechtlichen Rechtssatz ergibt.[15)]

Gegen die Ansicht, daß es sich bei der Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit eines erledigten Verwaltungsaktes um eine echte Feststellungsklage gemäß § 43 VwGO handle, findet sich folgende häufig geführte Argumentation: ein Verwaltungsakt könne zwar aufgrund der ihm eigenen Regelungswirkung öffentlichrechtlich normierte, latent vorhandene Beziehungen zwischen Verwaltung und Bürger aktualisieren, d.h. Rechtsverhältnisse schaffen, der Verwaltungsakt selbst sei aber ein einseitiger hoheitlicher Ausspruch, kein Rechtsverhältnis.[16)] Auch die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes könne als dessen Eigenschaft kein Rechtsverhältnis sein. Sei aber die Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes kein Rechtsverhältnis, dann könne auch die Klage, mit der jemand die Feststellung der Rechtswidrigkeit eines erledigten Verwaltungsaktes begehre, keine Feststellungsklage gemäß § 43 VwGO sein.[17)] Für diese häufig geführte Begründung spricht zwar der Wortlaut des Antrags; bedenklich erscheint es jedoch, die Unzulässigkeit der Feststellungsklage allein aus dem Wortlaut des Antrags zu begründen. Aus § 86 Abs. 3 und § 1o4 Abs. 1 VwGO ergibt sich, daß die Anträge im Verwaltungsprozeß ausgelegt werden müssen. Es ist deshalb zu prüfen, ob der Kläger mit der Feststellung, daß der Verwaltungsakt

---

15) Vgl. Hans J. Wolff, § 172 III 1; Menger, System, S.235; a.A. Siemer, Diss. Jur., S.55.

16) Vgl. Hans J. Wolff, § 172 III 1 (hM).

17) Vgl. Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 113 I 3 b; Menger in VerwArch. 1957 S.357; van Gelder in Jus 1965 S.89 F.

rechtswidrig gewesen sei, nicht eigentlich die Feststellung über ein Rechtsverhältnis begehrt.

Das OVG Münster hat in mehreren Entscheidungen die Auffassung vertreten, daß der Kläger in Wahrheit feststellen lassen wolle, daß der Verwaltungsakt wegen seiner Rechtswidrigkeit ein Rechtsverhältnis zwischen ihm und der Verwaltung nicht begründet habe. Eine Feststellungsklage sei aber deshalb unzulässig, weil dieses Rechtsverhältnis mit der Erledigung der Vergangenheit angehöre, Gegenstand einer Feststellungsklage aber nur gegenwärtige Rechtsverhältnisse sein könnten.[18] In einer späteren Entscheidung argumentiert das Gericht, daß jeder nicht nichtige Verwaltungsakt, der rechtmäßige wie der rechtswidrige, ein Rechtsverhältnis zwischen Verwaltung und Bürger begründe. Sei der Verwaltungsakt nur rechtswidrig gewesen, so könne das Gericht nur die Feststellung treffen, daß der Verwaltungsakt wirksam gewesen sei, daß er also ein Rechtsverhältnis zwischen der Verwaltung und dem Adressaten begründet habe. Die Frage dagegen, ob der Verwaltungsakt rechtswidrig gewesen sei, bliebe einer gerichtlichen Feststellung entzogen. Eine darauf gerichtete Klage könne also keine Feststellungsklage sein.[19]

Dieser Schluß ist jedoch nicht zwingend, weil er auf der unbewiesenen Voraussetzung beruht, daß der Kläger eine Feststellung über das Rechtsverhältnis begehrt, welches unmittelbar durch den Verwaltungsakt begründet worden ist. Wäre dieses Rechtsverhältnis wirklich Gegenstand der Feststellung, dann wäre die Schlußfolgerung allerdings konsequent, weil auch der rechtswidrige

---

18) Vgl. OVG Münster, Urt. vom 3o.6.195o in DVBl. 1951 S. 145.

19) Vgl. OVG Münster, Urt. vom 3.12.1958 in DÖV 1959 S.711.

Verwaltungsakt im Regelfall wirksam ist und als Konkretisierung öffentlichrechtlich normierter Beziehungen ein Rechtsverhältnis zwischen Verwaltung und Bürger begründet.

Der Beweis, daß dieses Rechtsverhältnis nicht Gegenstand der begehrten Feststellung sein kann, ergibt sich jedoch schon aus dem Klagebegehren. Da dem Kläger an einem Sachurteil gelegen ist, das etwas über die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes aussagt, kommt als Gegenstand der begehrten Feststellung, wenn überhaupt, nur ein solches Rechtsverhältnis in Betracht, dessen Bestehen oder Nichtbestehen mit der Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes korrespondiert. Da das durch den Verwaltungsakt begründete Rechtsverhältnis in seinem Bestand oder Nichtbestand nur von der Wirksamkeit bzw. Unwirksamkeit des Verwaltungsaktes abhängt, auf dessen Rechtswidrigkeit jedoch nicht reagiert, kann dieses Rechtsverhältnis jedenfalls nicht Gegenstand der Klage sein.

Es ist die Ansicht vertreten worden, Gegenstand der Klage sei das aufgrund von Nachwirkungen des Verwaltungsaktes entstandene Rechtsverhältnis und deshalb sei die Klage eine echte Feststellungsklage.[20] Dagegen ist polemisierend eingewendet worden, es handle ich um "unbeholfene Versuche, aus den Nachwirkungen des Verwaltungsaktes ein Rechtsverhältnis zu konstruieren".[21] Dieser Angriff ist jedoch unberechtigt. Der Begriff des öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnisses ist außerordentlich weit umrissen.[22] Die unter diesem

---

20) Vgl. Menger, System, S.243/244; BadVGH, Urt. vom 20.4.1955 in GewArch. 1955/56 S.109 (110).

21) Vgl. Renck in NJW 1965 S.1791 (1793).

22) Vgl. Anm. 15 auf S. 14.

Begriff zusammengefaßten Beziehungen zwischen Rechtssubjekten können auch durch Nachwirkungen eines Verwaltungsaktes begründet werden.

Unrichtig ist diese Ansicht vielmehr deshalb, weil sie die funktionelle Abhängigkeit zwischen der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes und dem Bestehen oder Nichtbestehen dieses Rechtsverhältnisses verkennt. Ob dieses Rechtsverhältnis besteht, ob also der Betroffene zB den durch einen Verwaltungsakt hervorgerufenen Rechtsschein dulden muß, oder ob die Behörde verpflichtet ist, eine Wiederholung des Verwaltungsaktes in einer ähnlichen Situation zu unterlassen, hängt nämlich davon ab, ob der erledigte Verwaltungsakt rechtswidrig war. Eine Feststellung über das Bestehen oder Nichtbestehen dieses Rechtsverhältnisses kann also erst getroffen werden, wenn zuvor die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes festgestellt worden ist. Die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes ist also Voraussetzung, nicht aber Ergebnis der Feststellung dieses Rechtsverhältnisses.

Damit die Klage gegen erledigte Verwaltungsakte eine Feststellungsklage im Sinne des § 43 VwGO sein kann, müßte Gegenstand der Feststellung ein solches Rechtsverhältnis sein, von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes abhängt, so daß also mit der Feststellung dieses Rechtsverhältnisses implizite eine Entscheidung darüber getroffen wird, ob der Verwaltungsakt rechtmäßig oder rechtswidrig war.

Ein solches Rechtsverhältnis glaubt Renck[23)] in dem jedem belastenden Verwaltungsakt zugrundeliegenden Rechtsverhältnis gefunden zu haben. Welche Beziehung

---

23) Vgl. Renck in NJW 1965 S.1791 (1795).

Renck damit meint, erläutert folgende Überlegung: ein belastender Verwaltungsakt kann nur dann rechtmäßig sein, wenn er eine Ermächtigungsgrundlage hat. Eine Ermächtigungsgrundlage trägt einen Verwaltungsakt aber nur dann, wenn ein Sachverhalt gegeben ist, der dem Tatbestand der Ermächtigungsnorm subsumiert werden kann. Liegt ein solcher Sachverhalt vor, so ist die Behörde ermächtigt, die in der Norm vorgesehene Rechtsfolge zu setzen. Zwischen ihr und dem Bürger, der für den Sachverhalt verantwortlich ist, besteht also definitionsgemäß ein öffentlichrechtliches Rechtsverhältnis. Fehlt diese Beziehung, dann ist der Verwaltungsakt rechtswidrig, denn er hat keine Ermächtigungsgrundlage. Stellt das Gericht fest, daß dieses Rechtsverhältnis nicht bestanden hat, so impliziert das die Feststellung, daß der Verwaltungsakt rechtswidrig gewesen sei. Zwischen dem Nichtbestehen dieses Rechtsverhältnisses und der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes besteht also die gesuchte funktionelle Abhängigkeit.

Richtig kann die These Rencks jedoch nur sein, wenn alle Fälle, in denen ein Verwaltungsakt rechtswidrig ist, auf dem Fehlen dieses Rechtsverhältnisses beruhen. Sollten jedoch Fälle denkbar sein, in denen der Verwaltungsakt rechtswidrig sein kann, obgleich ein Rechtsverhältnis zwischen Verwaltung und Adressat bestanden hat, so versagt seine These, weil ihre Prämisse, die notwendige und ausschließliche Beziehung zwischen dem Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses und der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes als rein zufällig bewiesen wäre.

Die These Rencks versagt zB. schon bei solchen Verwaltungsakten, die auf einer Ermächtigungsnorm

beruhen, durch die der Behörde bei der Bestimmung der Rechtsfolge Ermessen eingeräumt wird. Liegt zB eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung vor, so ist die Ordnungsbehörde ermächtigt, regelnd einzugreifen. Zwischen ihr und dem Bürger, der die Gefahr zu vertreten hat, besteht also ein öffentlichrechtliches Rechtsverhältnis. Greift die Behörde aber zu einem unverhältnismäßigen Mittel, dann ist ihre Maßnahme rechtswidrig, obgleich ein Rechtsverhältnis zwischen ihr und dem Adressaten bestanden hat. Andere Fälle, in denen der Verwaltungsakt trotz eines bestehenden Rechtsverhältnisses rechtswidrig sein kann, sind die, in denen die Behörde eine wesentliche Formvorschrift nicht beachtet hat.

Damit ist bewiesen, daß die Feststellung, daß ein Verwaltungsakt rechtswidrig bzw, rechtmäßig war, keineswegs nur "eine Abbreviatur für die ausdrückliche und eigentliche Feststellung des Rechtsverhältnisses selbst ist",[24] weil das Fehlen eines Rechtsverhältnisses zwischen Verwaltung und Adressat nicht das einzige und damit kein sicheres Kriterium für die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes darstellt. Daß zufällig die Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes darauf beruhen kann, daß ein Rechtsverhältnis zwischen Verwaltung und Bürger nicht bestanden hat, rechtfertigt also nicht die Annahme, daß die Klage gegen erledigte Verwaltungsakte eine Feststellungsklage gemäß § 43 VwGO sei, weil sich ebensoviele Fälle denken lassen, in denen die Rechtswidrigkeit andere Ursachen hat.

Ein anderes Rechtsverhältnis, welches noch als Gegenstand einer Feststellung infrage kommen könnte, wenn der Kläger die Feststellung der Rechtswidrigkeit eines

---

24) Vgl. Renck in NJW 1965 S.1791 (1795).

erledigten Verwaltungsaktes begehrt, läßt sich nicht denken. Da es somit bei jeder möglichen Auslegung des Klageantrags an der Feststellung eines Rechtsverhältnisses fehlt, kann die Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit eines vor Klageerhebung erledigten Verwaltungsaktes keine Feststellungsklage gemäß § 43 VwGO sein.

C) Teilergebnis

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, daß keine der in der Verwaltungsgerichtsordnung explizit geregelten Klagen geeignet ist, Rechtsschutz gegen vor Klageerhebung erledigte Verwaltungsakte zu gewähren.

2. Kapitel

Die Entwicklung einer Klage gegen vor Klageerhebung erledigte Verwaltungsakte im Wege der Rechtsfortbildung "praeter legem"

Da die Auslegung ergeben hat, daß dieses Rechtsschutzbegehren keinem der in der VwGO ausdrücklich geregelten Klagetypen unterfällt, kann eine entsprechende Klage nur zulässig sein, wenn und inwieweit sich ihre Zulässigkeit mit Hilfe eines über die Rechtsfindung secundum legem hinausgehenden Verfahrens der Rechtsfindung begründen läßt.

A) Stand der Meinungen, insbesondere unter dem Gesichtspunkt ihres methodischen Vorgehens

Die Frage, ob eine solche Klage im Wege der Rechtsfortbildung entwickelt werden dürfe, wurde bis vor einigen Jahren noch vielfach verneint.[25] Inzwischen hat sich in Rechtsprechung[26] und Literatur[27] die Meinung allgemein

---

25) Vgl. Brauer in MDR 1951 S.457; BayVGH, Urt. vom 28.5.1954 in NJW 1954 S.1382 (anders seit Beschl. vom 10.3.1960 in VerwRspr.12 S.753); OVG Münster, Urt. vom 2.3.1855 in DÖV 1955 S.473 (474),(anders seit Urt. vom 18.1.1961 in DVBl.1961 S.523; Meyer in DVBl.1956 S.190/191; Müller-Tochtermann in Verw-Arch. 1962 S.45 (68); Württ.Bad.VGH, Urt. vom 12. 3.1957 in VerwRspr. 10 S.228 (230); Redeker-von Oertzen, 2.Aufl., § 113 Rdn.16 (anders seit der 3.Aufl.); immer noch zweifelnd Tschira/Schmitt Glaeser, S.154.

26) Vgl. BVerwG, Urt. vom 9.2.1967 in DVBl.1967 S.379; Urt. vom 28.2.1961 in DVBl.1961 S.444; Urt. vom 8. 11.1957 in NJW 1958 S.312 (314); Urt. vom 31.1. 1967 in NJW 1967 S.1245; BayVGH, Beschl. vom 10.3. 1960 in VerwRspr. 12 S.753 (754); OVG Rheinland - Pfalz, Urt. vom 15.2.1958 in AS Rheinland-Pfalz Band 6 S.391 (392); OVG Hamburg, Urt. vom 22.4. 1966 in DVBl.1967 S.422 (423).

durchgesetzt, daß eine solche Klage ebenfalls zulässig sein müsse.

Die die Zulässigkeit einer solchen Klage generell ablehnende Meinung wurde folgendermaßen begründet:[28] der Gesetzgeber habe alle Klagen, die er zulassen wollte, geregelt. Weil er aber eine Klage gegen vor Klageerhebung erledigte Verwaltungsakte nicht geregelt habe, könne das nur heißen, daß nach dem Plan des Gesetzgebers eine solche Klage nicht zulässig sein solle. Es sei zwar nicht zu verkennen, daß dem Betroffenen u.U. nur unvollkommen Rechtsschutz gewährt würde; es sei jedoch nicht Sache des Richters, diesem rechtspolitisch unbefriedigenden Zustand abzuhelfen. Es findet sich auch das Argument, daß eine solche Klage deshalb nicht zulässig sein könne, weil aus § 113 Abs. 1 S.4 VwGO (bzw. den insoweit übereinstimmenden Vorschriften der §§ 75 Abs. 1 S. 2 VGVO und 79 Abs. 1 S.2 VGG) der Umkehrschluß gezogen werden müsse, daß in anderen Fällen eine Klage gegen erledigte Verwaltungsakte nicht zulässig sein könne.

Die methodischen Mängel, an denen diese Argumentation leidet, sind offensichtlich. Art. 19 Abs. 4 GG wird

---

VGH Stuttgart, Urt. vom 11.2.1957 in DÖV 1957 S.217
OVG Münster, Urt. vom 18.1.1961 in DVBl.1961 S.523.

27) Vgl. Hans J.Wolff, § 171 I a und § 172 III; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 113 Anm. I 3 b; Menger/Erichsen in VerwArch. 1968 S.81-84; Geiger in Festschrift für den 45. Dt. Juristentag, S.61; Mang in BayVBl. 1955 S.241; Naumann in DVBl. 1951 S.14o; Lerche in DÖV 1954 S.712; van Gelder in Jus 1965 S.89; Obermayer in BayVBl. 196o S.2o8; Giesges S.62; Czermak in NJW 1964 S.1663; Danckelmann in NJW 1958 S.312.

28) Besonders prägnant: OVG Münster, Urt. vom 2.3.1955 in DÖV 1955 S.473 (474); BayVGH, Urt. vom 28.5. 1954 in NJW 1954 S.1382.

völlig außer acht gelassen. Die Vertreter dieser Ansicht haben übersehen, daß unter der Geltung des Art. 19 Abs. 4 GG die fehlende Möglichkeit, Rechtsschutz zu erlangen, kein bloß rechtspolitisch unbefriedigendes Ergebnis ist und daß die Gewährung von Rechtsschutz nicht mehr mit der Begründung verweigert werden kann, daß eine dem Klagebegehren entsprechende actio nicht vorhanden sei. Art. 19 Abs. 4 GG beschränkt auch die Zulässigkeit eines Umkehrschlusses dergestalt, daß aus der vorhandenen Regelung des erledigten Verwaltungsaktes in einem Fall, nämlich bei nachträglicher Erledigung, nicht gefolgert werden kann, daß in anderen Fällen, nämlich bei vorheriger Erledigung, eine Rechtsschutzgewährung ausgeschlossen sein soll. Die entscheidenden Mängel dieser Ansicht liegen letztlich darin, daß noch von einer enumerativen Regelung der Rechtsschutzmöglichkeiten ausgegangen wird, obgleich das Enumerationsprinzip durch Art. 19 Abs. 4 GG und die verwaltungsgerichtliche Generalklausel überwunden ist. Wegen dieses unrichtigen methodischen Ansatzes erübrigt sich eine weitere Auseinandersetzung mit dieser Ansicht.

Soweit die Klage gegen vorher erledigte Verwaltungsakte für zulässig erachtet wird, geschieht das z.T. unter Berufung auf Art. 19 Abs. 4 GG allein[29] oder in Verbindung mit § 4o VwGO[3o] bzw. aus § 4o VwGO allein[31]; z.T. wird die Zulässigkeit aus Analogieschlüssen zu § 113 Abs. 1 S.4 VwGO[32] bzw. § 43 VwGO[33] oder aus dem Rechtsgedanken des § 113 Abs. 1 S.4 VwGO [34] hergeleitet.

---

29) Vgl. OVG Hamburg, Urt. vom 22.4.1966 in DVBl. 1967 S.422 (423).

3o) Vgl. van Gelder in Jus 1965 S.89 f.

31) Vgl. Müller, Klaus, Diss. Jur. 1966 S.93.

Außer den jeweils angezogenen Vorschriften findet sich kaum ein Hinweis über die methodischen Operationen, die das Ergebnis und seine Begründung dogmatisch zu rechtfertigen vermögen. Die Vielfalt der Vorschriften, die alle zur Begründung desselben Ergebnisses herangezogen werden, lassen auf die Schwierigkeit seiner dogmatischen Fundierung und auf den fehlenden Konsens im methodischen Vorgehen schließen.

Wenn im folgenden die Zulässigkeit der Klage gegen vorher erledigte Verwaltungsakte untersucht werden soll, so geschieht das nicht nur mit dem Ziel, einem sowieso richtigen Ergebnis nur die dogmatische Fundierung auf methodischem, d.h. nachprüfbarem Wege zu verschaffen. Die nachfolgende Untersuchung wird zeigen - das sei bereits vorweggenommen -, daß allen oben angeführten Ansichten der Fehler anhaftet, daß die Zulässigkeit der Klage zu weit gezogen wird, eine Ungenauigkeit, in der letztlich ein Teil der fast unlösbaren Kontroversen bei der Bestimmung der Sachurteilsvoraussetzungen dieser Klage begründet liegt.

B) Methodenanalyse und -kritik

Die Zulässigkeit einer Rechtsfortbildung soll nach allgemein akzeptierter Methodenlehre davon abhängen, daß das Fehlen einer Regelung als Lücke zu qualifizieren sei[35], da dem Lückenbegriff die methodologische Funktion eigne, Voraussetzungen und Grenzen richterlicher

---

32) Vgl. BVerwG, Urt. vom 9.2.1967 in DVBl. 1967 S.379 (381); Menger/Erichsen in VerArch. 1968 S.81 f; Schunck-de Clerck, § 43 Anm. 6 b.

33) Vgl. Herzog-Schick, S.216.

34) Vgl. Hans J.Wolff, § 172 III c; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 113 I 3 b.

Rechtsfortbildung anzugeben.[36] Die bei der Prüfung der Zulässigkeit einer Rechtsfortbildung anzustellenden Operationen konzentrieren sich somit auf die Frage, ob das Fehlen einer Regelung als Lücke zu qualifizieren sei. Obgleich dieses Vorgehen bereits eine Art Selbstverständlichkeit erlangt hat und sich allem Anschein nach auch als praktikabel erweist, soll um der methodischen Klarheit willen die Frage gestellt werden, ob dem Lückenbegriff wirklich die ihm zugesprochene methodologische Funktion eignet oder ob es sich dabei nicht vielmehr um eine zwar unschädliche, aber überflüssige Hilfskonstruktion handelt.

Aus den vielen denkbaren Fällen, in denen das Gesetz eine Regelung vermissen läßt, hat man sich geeinigt, gerade diejenigen eine Lücke zu nennen, die durch richterliche Rechtsfortbildung ergänzt werden dürfen.[37] Der Begriff der Lücke wurde für diese Art von Mängeln des Gesetzes gerade deshalb genommen, weil sich mit ihm in plastischer Weise die Vorstellung von etwas Unvollständigem, der Ergänzung Bedürftigem verbindet.[38] Um die behebbaren von den unbehebbaren Mängeln des Gesetzes terminologisch zu unterscheiden, wäre jeder andere Begriff, der keinen Bezug zum sinnlich Wahrnehmbaren hat, ebensogut geeignet, schwieriger wäre es allenfalls, eine Vorstellung vom Vorgang der Rechts-

---

35) Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 279 f; Canaris, S.17.

36) Vgl. Canaris, S.37.

37) Vgl. Engisch, S.136.

38) Vgl. dazu insbesondere Canaris, S.16 f., der aus dem allgemeinen Sprachgebrauch ("Mauerlücke, Zaunlücke, Wissenslücke, Gedächtnislücke usw.") die Definition des Begriffs der Gesetzeslücke als planwidriger Unvollständigkeit deduziert und dem so gefundenen Begriff die methodologische Funktion beilegt, Voraussetzungen und Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung anzugeben.

fortbildung zu bekommen.

Da also eine Lücke gerade dann vorliegen soll, wenn eine fehlende Regelung durch den Richter ergänzt werden darf und muß, erweist sich der Lückenbegriff der herrschenden Methodenlehre als reine Nominaldefinition.[39] Löst man den Begriff "Lücke" auf in seine Definition, so lautet die Formel zur Bestimmung der Zulässigkeit einer Rechtsfortbildung, daß diese dann zulässig ist, wenn ein Fall vorliegt, in dem sie zulässig ist, eine zwar richtige, aber in keiner Weise weiterführende Aussage. Die ihm zugesprochene methodologische Funktion könnte der Lückenbegriff erst dadurch erhalten, daß er inhaltlich bestimmt wird, indem in ihn die Bedingungen richterlicher Rechtsfortbildung aufgenommen werden. Solange das nicht der Fall ist, erweist sich die Zwischenschaltung der Lückenfeststellung als methodologisch überflüssig; denn die Feststellung, daß eine Lücke vorliegt und die Feststellung, daß die erfragte Zulässigkeit der Rechtsfortbildung gegeben ist, sind definitionsgemäß identisch.
Daß man dem Lückenbegriff eine eigenständige methodologische Funktion bei der Feststellung der Zulässigkeit einer Rechtsfortbildung beigelegt hat, beruht auf einer Verkennung der Funktion systematisierender Begriffe im Hinblick auf methodische Operationen. Wie man bestimmte Phänomene durch bildhafte Begriffe anschaulich macht und wie man ermittelt, ob ein bestimmtes Phänomen vorliegt, sind zwei verschiedene Dinge. Eine

---

39) Das wird von Engisch, S.136 ausdrücklich zugestanden; a.A. ist offenbar Canaris, S.16, wenngleich er sich insoweit auf S. 17 widerspricht.
Vgl. dazu insbesondere Esser, S.174 f, der in seiner Untersuchung den Zirkelschlußcharakter des Lückenbegriffs der h.M. und seine Unbrauchbarkeit für die richterliche Rechtsfortbildung nachweist, weil die eigentlichen Entscheidungskriterien bei der Prozedur der "Lückenfeststellung" und damit der Rechtsfortbildung im Dunkeln bleiben.

eigenständige methodologische Funktion erfüllen diese Begriffe jedoch nicht.

C. Darstellung des eigenen methodischen Ansatzes bei der Bestimmung der Zulässigkeit einer Rechtsfortbildung praeter legem

Aus den vorstehend dargelegten Gründen soll bei der nachfolgenden Untersuchung auf die Lückenfeststellung als überflüssiger Hilfskonstruktion verzichtet und sogleich nach den Bedingungen gefragt werden, die erfüllt sein müssen, damit der Richter befugt und gehalten ist, eine fehlende Regelung zu ergänzen.

Die maßgebende Rechtsquelle, aus der allein Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung entnommen werden können, ist das Verfassungsrecht. Wenn der Richter eine Regelung über das geschriebene Recht hinaus entwickeln will, wird er in einem weiteren Sinne rechtssetzend tätig. Der Bereich, in dem eine solche Rechtssetzung zulässig ist, wird durch die verfassungsrechtlichen Schranken, denen die richterliche Gewalt unterliegt, theoretisch sehr genau umrissen und zwar durch Art. 2o Abs. 3 GG einerseits und das Prinzip der Gewaltenteilung andererseits. Wegen seiner Bindung an das Gesetz ist es dem Richter grundsätzlich verwehrt, eine fehlende Regelung in Widerspruch zu vorhandenen Vorschriften zu entwickeln[4o)]

4o) Nach der herrschenden auf die Lückenfeststellung orientierenden Methode kommt Art. 2o Abs. 3 GG indirekt dadurch zum Tragen, daß eine Lücke erst dann vorliegen soll, wenn das Gesetz für einen Fall nicht nur eine positive, sondern auch eine negative Regelung vermissen läßt. Da diese Voraussetzung aber abgeleitet wird aus dem Begriff der

- von dem Problem der Rechtsfortbildung contra legem sei hier abgesehen - und wegen des Prinzips der Gewaltenteilung darf der Richter eine fehlende Regelung grundsätzlich nur dann entwickeln, wenn eine irgendwie geartete legislatorische Ermächtigung dazu vorhanden ist.

Eine Rechtsfortbildung ist in einem konkreten Fall also nur dann zulässig, wenn die beiden Bedingungen erfüllt sind, daß die fehlende Regelung widerspruchslos zu vorhandenen Vorschriften ergänzt werden kann und daß eine legislatorische Ermächtigung den Richter zur Vornahme dieser Ergänzung berechtigt und verpflichtet. Diese beiden Bedingungen gelten auch für die Zulässigkeit einer Rechtsfortbildung im formellen Recht. Die sich daraus ergebende Konsequenz, daß die durch Art. 19 Abs. 4 GG dem Richter erteilte Ermächtigung, das formelle Recht fortzubilden, wenn es hinter dem materiellen Recht herhinkt, durch die Vorschriften der Prozeßordnungen, d.h. durch einfaches Gesetz beschränkt wird, stellt keinen Widerspruch zu Art. 19 Abs. 4 GG dar. Soweit die Prozeßordnungen ein konkretes Rechtsschutzbegehren regeln, stellt das eine Einschränkung des Art. 19 Abs. 4 GG dar. Diese Einschränkungen, die dem Prinzip der Rechtssicherheit Rechnung tragen und einen geordneten Gang der Rechtspflege verbürgen, sind, soweit sie dadurch geboten sind und nicht zu einer

---

Lücke als Gegenstand der sinnlichen Erfahrung und nicht aus der verfassungsrechtlichen Stellung der rechtsprechenden Gewalt, wird der Stellenwert dieses Prüfungsschritts im Hinblick auf die Zulässigkeit der Rechtsfortbildung nicht klar. Der herrschenden Methodenlehre ist also nicht nur entgegenzuhalten, daß der Lückenbegriff eine überflüssige Hilfskonstruktion ist; ihr ist überdies entgegenzuhalten, daß durch die Verwendung des Lückenbegriffs der Zusammenhang, in dem die richterliche Rechtsfortbildung steht, verdunkelt wird.

willkürlichen, sachlich nicht gerechtfertigten Erschwerung oder Vereitelung des durch Art. 19 Abs. 4 GG gebotenen Rechtsschutzes führen, mit Art. 19 Abs. 4 GG vereinbar.[41)]

In diesem Spannungsverhältnis von umfassender Rechtsschutzgarantie und Beschränkung dieser Garantie durch die Vorschriften der Prozeßordnungen steht auch die Rechtsfortbildung im formellen Recht. Eine nicht explizit geregelte, aber durch Art. 19 Abs. 4 GG gebotene Rechtsschutzmöglichkeit ist in der Gestalt zulässig, in der sie dem geltenden Prozeßrecht eingegliedert werden kann, ohne dort innere Widersprüche hervorzurufen und in der sie gleichzeitig mit Art. 19 Abs. 4 GG vereinbar bleibt. Dieser theoretischen Bestimmung der Zulässigkeit einer Rechtsfortbildung im formellen Recht muß eine Methode entsprechen, die die Wechselwirkung zwischen Art. 19 Abs. 4 GG und dem Prozeßrecht widerspiegelt.

Ausgangspunkt für die Prüfung der Zulässigkeit einer Rechtsfortbildung muß Art. 19 Abs. 4 GG sein. Soweit Art. 19 Abs. 4 GG zu bejahen ist, heißt das zunächst allerdings nur, daß der gebotene Rechtsschutz in dem Umfang gewährleistet ist, indem er nicht durch vorhandene Vorschriften begrenzt wird. Sodann ist der Rechtsschutz schrittweise und systematisch zu konkretisieren und auf die Gestalt zu bringen, in der er sich dem Prozeßrecht ohne Widerspruch eingliedern läßt. Dabei ist folgendes zu berücksichtigen. Ist ein bestimmtes Rechtsschutzbegehren weder positiv noch negativ explizit geregelt, so bedeutet das nicht zwingend, daß das Prozeßrecht insoweit indifferent ist mit der Folge, daß

---

41) Vgl. v.Mutius, Diss. Jur. S. 141 m.weit.Nachw.

eine entsprechende Klage unbeschränkt zulässig sei. Wenn das Prozeßrecht andere Rechtsschutzbegehren in bestimmter Weise geregelt hat, muß der Richter einen Rechtsschutzsuchenden abweisen, wenn er andernfalls gegen diese Regelungen verstoßen würde. Der dieser Regelung und damit Beschränkung zugrundeliegende gesetzgeberische Grund kann aber auch bei einer noch nicht geregelten Klage durchgreifen. Ist das der Fall, dann muß dieses nicht explizit geregelte Klagebegehren entsprechend geregelt und damit beschränkt werden, weil andernfalls eine den Gleichheitssatz verletzende Schlechterstellung des Rechtsschutzsuchenden vorläge, den der Richter wegen der gesetzlichen Regelung abweisen muß. Die Bindung des Richters an das Gesetz wird also bei der Rechtsfortbildung im formellen Recht in der Weise relevant, daß eine Rechtsfortbildung nicht in weiterem Umfange zulässig sein kann, als dies bei anderen Klagen, die Gleichheit des gesetzgeberischen Grundes vorausgesetzt, der Fall ist. Andererseits darf wegen Art. 19 Abs. 4 GG iVm. dem Gleichheitssatz keine Beschränkung von explizit geregelten Rechtsschutzbegehren auf nicht geregelte übertragen werden, wenn nicht nachweislich der die Einschränkung rechtfertigende gesetzgeberische Grund auch hier vorliegt.

Die Prüfung der widerspruchslosen Einfügung einer Klage in das vorgegebene System des Prozeßrechts hat also in der Weise zu erfolgen, daß alle die Vorschriften, die andere Klagebegehren konkretisieren, daraufhin zu untersuchen sind, ob eine analoge Reduktion des nicht geregelten Rechtsschutzbegehrens geboten ist. Dieses Vorgehen impliziert die jeweilige Überprüfung der Vereinbarkeit der analogen Reduktion mit Art. 19 Abs. 4 GG, da die Vereinbarkeit mit Art. 19 Abs. 4 GG eine der Bedingungen der Zulässigkeit der analogen Reduktion ist.

Damit ist zugleich vorgegeben, daß es nur eine richtige Lösung des hier anstehenden Problems geben kann; denn jede sachlich gebotene aber nicht vorgenommene Reduktion der Klage gegen erledigte Verwaltungsakte verstößt gegen Art. 2o Abs. 3 GG, jede sachlich nicht gerechtfertigte Reduktion der Zulässigkeit der Klage stellt eine Verletzung des Art. 19 Abs. 4 GG dar. Daß die Klage gegen vorher erledigte Verwaltungsakte bisher in keiner Weise befriedigend geklärt worden ist, hat seine Ursache darin, daß das Hauptaugenmerk auf den in diesem Zusammenhang unproblematischen Art. 19 Abs.4 gerichtet worden ist, dem Problem der Vereinbarkeit dieser Klage mit dem geltenden Prozeßrecht aber zuwenig Aufmerksamkeit gewidmet wurde und insbesondere die Prüfung der analogen Reduktion der Klage nicht mit der gebotenen Sorgfalt vorgenommen worden ist.

D) Versuch einer Lösung des Problems

I. Die legislatorische Ermächtigung zur Entwicklung einer Klage gegen vorher erledigte Verwaltungsakte (Art. 19 Abs. 4 GG)

Gemäß dem vorstehend entwickelten Prüfungsschema ist zunächst zu untersuchen, ob durch Art. 19 Abs. 4 GG die Gewährung von Rechtsschutz gegen vor Klageerhebung erledigte Verwaltungsakte geboten wird. Das ist dann der Fall, wenn ein solcher Verwaltungsakt den Adressaten in seinen Rechten beeinträchtigen kann. Mit der Erledigung des Verwaltungsaktes ist auch die dem Verwaltungsakt innewohnende Verpflichtung des Adressaten zu einem bestimmten Tun, Dulden oder Unterlassen und die damit indizierte Möglichkeit einer Rechtsbeeinträchtigung hinfällig geworden. Dennoch können von dem Verwal-

tungsakt noch nachteilige Wirkungen ausgehen. Zu denken ist dabei einerseits an solche Verwaltungsakte, die auf Sachverhalte hin ergehen, die, wenn sie vorlägen, geeignet wären, den Adressaten persönlich oder beruflich zu diskriminieren, so zB dann, wenn ein auf Herstellung oder Veräußerung von Lebensmitteln gerichteter Gewerbebetrieb vorübergehend geschlossen oder eingeschränkt wird.[42] Wenn einem Verwaltungsakt auch nicht die Vermutung seiner Rechtmäßigkeit zukommt,[43] so kann ihm doch eine meinungsbeeinflussende Wirkung nicht abgesprochen werden. Diese meinungsbeeinflussende Wirkung kann für den Adressaten zu einer echten Gefährdung seiner Existenz immer dann werden, wenn durch den Erlaß des Verwaltungsaktes ein Verhalten oder die Verantwortlichkeit für einen Zustand behauptet werden, die geeignet wären, den Kundenkreis zur Meidung des Betriebs zu veranlassen. Zu denken ist auch an die Fälle, in denen der Verwaltungsakt dem Adressaten ein bestimmtes politisches Verhalten unmöglich gemacht hat, das die ihm zugedachten Wirkungen nur an einem datumsmäßig fixierten Tag hat, etwa eine Demonstration oder Versammlung an Gedenk- oder Feiertagen.[44] In diesen Fällen müssen die Betroffenen befürchten, daß ihnen auch in künftigen, gleichgelagerten Fällen die einmal unterbundene politische Meinungsäußerung verboten wird, da der Erlaß des einen Verwaltungsaktes bei einer rechtsstaatlich gesonnenen Verwaltung nur dahin verstanden werden kann, daß die erlassende Behörde in der Überzeugung der Rechtmäßigkeit ihrer Maßnahme gehandelt hat.

Bezogen auf Art. 19 Abs. 4 GG wirft die erste dieser beiden Fallgruppen keine Schwierigkeiten auf. Wenn ein Verwaltungsakt ergeht, in dessen Erlaß zugleich eine

---

42) Vgl. BVerwG, Urt. vom 28.2.1961 in DVBl. 1961 S.444.

43) Vgl. dazu Hans J. Wolff, § 5o I a.

44) Vgl. OVG Hamburg, Urt. vom 22.4.1966 in DVBl. 1967 S.422; sowie die instruktive Fallbesprechung von Haak in Jus 1967 S.271 f.

persönliche,berufliche, wirtschaftliche oder politische Diskriminierung liegt, dann ist der Adressat ebenso in seinem Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit und ungehinderte Teilnahme am allgemeinen Wirtschaftsleben verletzt wie wenn die Behörde solche Äußerungen direkt, d.h. nicht konkludent durch Erlaß eines Verwaltungsaktes getan hätte. Art. 19 Abs. 4 GG gebietet in diesen Fällen also die Gewährung von Rechtsschutz dadurch, daß der Adressat die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes feststellen lassen und dadurch der im Erlaß implizierten Diskriminierung die Grundlage entziehen kann.
Bei der zweiten Fallgruppe ist die Besonderheit die, daß der Erlaß des einen Verwaltungsaktes wegen der Wiederholbarkeit des zugrundeliegenden Sachverhalts den Erlaß eines entsprechenden Verwaltungsaktes indiziert, gegen den effektiver Rechtsschutz wieder zu spät käme. Die gegenwärtige Wirkung des erledigten Verwaltungsaktes liegt in diesen Fällen darin, daß das beabsichtigte Tun faktisch schon jetzt unter Verbotsdrohung steht und daß, wenn nicht schon jetzt die Rechtswidrigkeit des erledigten und damit, wegen der Streitgegenstandswirkung, auch die Rechtswidrigkeit des drohenden Verbots festgestellt wird,[44a] effektiver Rechtsschutz nicht zu erlangen ist. Art. 19 Abs. 4 GG gebietet deshalb Rechtsschutz gegen erledigte Verwaltungsakte auch in den Fällen, in denen die Wiederholung droht.

II. Die widerspruchslose Einfügung der Klage in das System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes.

1. Die Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs für Klagen gegen vorher erledigte Verwaltungsakte.

44a) Hier ist auch an eine vorbeugende Unterlassungsklage gegen den drohenden Verwaltungsakt zu denken. Vgl. dazu unten S.98 f.

Der durch Art. 19 Abs. 4 GG gebotene Rechtsschutz gegen vorher erledigte Verwaltungsakte muß nunmehr gemäß dem oben auf S. 27-31 entwickelten methodischen Ansatz auf die Gestalt gebracht werden, in der eine entsprechende Klage ohne Widerspruch in das vorgegebene System des Prozeßrechts integriert werden kann.[45)]

Mit der Frage nach einer entsprechenden verwaltungsgerichtlichen Klage ist bereits eine erste Bedingung ihrer widerspruchslosen Einfügung impliziert, nämlich die Bedingung, daß dieses Rechtsschutzbegehren seinem Gegenstand nach der dem Verwaltungsprozeß zugeordneten Materie angehört und keinem anderen Gericht zur Entscheidung zugewiesen ist. Die öffentlichrechtliche nichtverfassungsrechtliche Natur dieser Streitigkeit bedarf keiner weiteren Erörterung. Auch das Verhältnis des allgemeinen zum besonderen Verwaltungsrechtsweg soll in diesem Zusammenhang nicht problematisiert werden, denn es handelt sich dabei um ein allgemeines Problem, das durch die Erledigung des Verwaltungsaktes keine Modifizierung erfährt.[45 a)]

Hier geht es um ein anderes, dieser Unterscheidung vorgelagertes Problem, das aus der Zuordnung der Amtshaftungsklagen an die Zivilgerichte erwächst. Die Klage gegen erledigte Verwaltungsakte kann aus den verschiedensten Gründen erhoben werden, sei es, daß der Kläger dem Erlaß eines ähnlichen Verwaltungsaktes vorbeugen will oder diskriminierende Nachwirkungen des erledigten Verwaltungsaktes zerstören will, sei es, daß der Verwaltungsakt den Kläger materiell geschädigt hat und der Kläger die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes im

---

45) Bei dieser methodischen Operation der konkretisierenden Einschränkung des durch Art. 19 Abs. 4 GG gebotenen Rechtsschutzes anhand der Vorschriften des Prozeßrechts ist zu beachten, daß nur solche Vorschriften eine Einschränkung rechtfertigen, die ihrerseits mit Art. 19 Abs. 4 in Einklang stehen.

45a) Vgl. die mit § 113 Abs. 1 S.4 VwGO übereinstimmende Vorschriften der § 131 SGG, 1oo, 1o1 FGO, 28 EGGVG.

Hinblick auf einen Amtshaftungsprozeß feststellen lassen will, weil die Entscheidung des Verwaltungsgerichts für die Feststellung einer Amtspflichtverletzung bedeutsam werden kann.

Obgleich diese Gründe vielfach kumulativ vorliegen werden, soll für die nachfolgende Untersuchung von einem Fall ausgegangen werden, in dem es dem Kläger letztlich nur noch um den Ausgleich der durch den Verwaltungsakt erlittenen materiellen Nachteile geht. Dem Kläger ist bei dieser Sachlage nur noch mit Schadensersatz gedient, den er im Wege einer Amtshaftungsklage geltend machen müßte. Da aber für Amtshaftungsklagen gemäß Art. 34 GG, § 4o Abs. 2 VwGO die Zivilgerichte zuständig sind und die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes in diesem Falle nur die Feststellung einer der Voraussetzungen des Amtshaftungsanspruchs wäre, stellt sich die Frage, ob nicht bereits diese Feststellung von § 4o Abs. 2 VwGO erfaßt wird und der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte entzogen ist oder ob insoweit die Generalklausel des § 4o Abs. 1 VwGO den Vorrang hat. Es stellt sich m.a.W. die Frage, ob bereits bei der Prüfung, ob der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist geprüft und festgestellt werden muß, daß das Feststellungsbegehren des Klägers vollständig von der Amtshaftungsklage erfaßt wird mit der Folge, daß bereits die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs zu verneinen und der Kläger auf den Zivilrechtsweg zu verweisen ist.

Nur vereinzelt und ansatzweise finden sich in Literatur und Rechtsprechung Erwägungen darüber, daß in diesen Fällen die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts problematisch sein könnte.[46] Im übrigen werden diese Fälle

46) Vgl. Tietgen in DVBl. 196o S.261 f; Schober in DÖV 1966 S.552 (554); VGH Kassel, Urt. vom 22.11.1963 in NJW 1964 S.1638 f.

ausnahmslos erst beim berechtigten Interesse problematisiert.[47] Da aber das berechtigte Interesse an einer verwaltungsgerichtlichen Entscheidung erst dann in den Blickpunkt der Untersuchung treten kann, wenn das Verwaltungsgericht für die Entscheidung überhaupt zuständig ist, können diese Meinungsäußerungen nur dahin verstanden werden, daß die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts implizite bejaht wird. Sehr viel näher liegt allerdings aufgrund der beim berechtigten Interesse vorgetragenen Argumente[48] der Schluß, daß das Problem dieser Klagen nicht als Zuständigkeitsproblem erkannt worden ist.

Um den Blick dafür freizubekommen, daß es sich letztlich um ein Zuständigkeitsproblem handelt, das hier im Gewand eines Problems des berechtigten Interesses auftritt, muß man sich die Gründe dafür klarmachen, warum durchgängig nur das berechtigte Interesse problematisiert, die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs aber als selbstverständlich unterstellt wird.
Der Hauptgrund liegt wohl darin, daß das Verhältnis der Feststellungsklage zur umfassenderen Leistungsklage gewohnterweise ein Problem des berechtigten Interesses ist, wobei allerdings vom Regelfall ausgegangen wird, daß das mit der Feststellungsklage angegangene Gericht auch für die umfassendere Leistungsklage zuständig ist. Die Konstellation, daß für die umfassendere Leistungsklage ein anderes Gericht zuständig ist und zwar, geht man nur von den Generalklauseln aus, aufgrund einer an sich systemwidrigen Zuständigkeit, ist zumindest

---

47) Vgl. S. 38 f und die in Kap. 3 unter Fn.164 im Zusammenhang mit dem berechtigten Interesse bei der nachträglichen Erledigung des Verwaltungsakts Genannten.

48) Vgl. die Darstellung und Analyse auf S.38/39.

ungewohnt. Gerade wegen dieser an sich systemwidrigen Zuständigkeit ist man leicht geneigt, der Generalklausel des § 4o Abs. 1 VwGO den Vorrang einzuräumen, zumal die Assoziation Verwaltungsakt zu Verwaltungsrechtsweg so stark ist, daß übersehen werden kann, daß der rechtswidrige Verwaltungsakt aufgeht in der größeren Kategorie der Amtspflichtverletzungen. Ein letzter Grund ist der, daß der ursprünglich für die Zuweisung der Amtshaftungsklagen an die Zivilgerichte maßgebende Grund heute, nachdem auch die Verwaltungsgerichte als unabhängige Gerichte organisiert sind, weggefallen ist. Die Motivation, die Zuständigkeit der Zivilgerichte in Amtshaftungssachen gegen Durchbrechungen zu verteidigen, ist deshalb abgeschwächt,[49] zumal es rechtspolitisch durchaus vertretbar und im Interesse der Systemklarheit auch wünschenswert wäre, alle öffentlichrechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art den Verwaltungsgerichten zuzuordnen. Dabei darf aber nicht übersehen werden, daß die Zuständigkeitsregelung keineswegs obsolet geworden ist und daß eine nicht zu verkennende Tradition für die derzeitige Zuständigkeitsregelung spricht.[5o] Es ist deshalb notwendig, diese Zuständigkeitsregelung auszuschöpfen und eine nur rechtspolitisch motivierte Umgehung zu vermeiden.

Ausgangspunkt für eine Lösung des Problems muß der gesicherte Grundsatz der Subsidiarität der Feststellungsklage gegenüber der das Feststellungsbegehren voll erschöpfenden Leistungsklage[51] sein, der als Ausfluß des das gesamte Prozeßrecht beherrschenden Prinzips der Prozeßökonomie auch zwischen den verschiedenen Zweigen

---

49) Vgl. OVG Lüneburg, Urt. vom 7.12.195o in OVGE 3 S. 211 (213).

5o) Vgl. Tietgen in DVBl.196o S.261 (265).

51) Vgl. Redeker-von Oertzen, § 43 VwGO, Rdn.21.

der Gerichtsbarkeit gilt.[52] Dieser Grundsatz muß -das sei zunächst als These aufgestellt- dazu führen, daß in den Fällen, in denen das Verwaltungsgericht zwar für die Feststellungsklage generalklauselmäßig zuständig wäre, für die eigentlich zu erhebende, das Feststellungsinteresse voll erschöpfende[53] Leistungsklage aber das Zivilgericht zuständig ist, die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts nur als subsidiäre[54] besteht mit der Folge, daß die Feststellungsklage vor dem Verwaltungsgericht regelmäßig -Ausnahmen sind auch hier möglich- mangels Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts abgewiesen werden muß.

Denn: die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ergibt sich in einem konkreten Fall definitiv erst aus dem Eingreifen der Generalklausel und der negativen Voraussetzung, daß eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist. Diese andere Zuständigkeit, hier die Zuständigkeit des Zivilgerichts, muß also stets mitgeprüft und verneint werden können, um die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts bejahen zu können. Verneint werden könnte die Zuständigkeit des Zivilgerichts in den hier interessierenden Fällen nur mit dem Argument, daß der Kläger eben nur eine Festellungsklage, aber noch keine Lei-

---

52) Vgl. Menger, System, S.246/247.

53) Diese Voraussetzung muß vorliegen, denn wenn der Kläger neben dem Interesse an Schadensersatz noch ein solches Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes hat, dem nur mit einer Entscheidung gedient ist, die die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes in einer der Rechtskraft fähigen Weise feststellt, erweist sich insoweit die Leistungsklage mit ihrer nur inzident erfolgenden Feststellung der Rechtswidrigkeit nicht als die umfassendere Rechtsschutzmöglichkeit.

54) Diese subsidiäre Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts steht nicht in Widerspruch zu Art. 19 Abs.4 GG, der bei nicht explizit geregelten öffentlich-

stungsklage erhoben habe.[55] Spätestens bei der Prüfung des berechtigten Interesses müßte festgestellt werden, daß der Kläger eigentlich eine Leistungsklage vor dem Zivilgericht erheben müßte und daß das Verwaltungsgericht damit eigentlich nicht zuständig ist.
Diese Inkonsequenz weist darauf hin, daß § 4o Abs. 2 VwGO mit dem formalistischen Argument, daß der Kläger nur eine Feststellungsklage erhoben habe, nicht erschöpft, sondern nur umgangen wird mit der Folge, daß das unausgetragene Problem der Zuständigkeit an anderer Stelle, nämlich beim berechtigten Interesse aufbricht.
Den besten Beweis dafür liefern die Argumente, die pro und contra berechtigtes Interesse in diesen Fällen vorgetragen werden.[56] Soweit für das berechtigte Interesse votiert wird, geschieht das unter Berufung auf die verwaltungsgerichtliche Generalklausel sowie darauf, daß der Kläger berechtigt sein müsse, das für die Beurteilung öffentlichrechtlicher Fragen im Zweifel fachverständigere Gericht anzurufen.[57] Gegen das berech-

---

rechtlichen Streitigkeiten nur eine subsidiäre Zuständigkeit der Zivilgerichte begründet (Maunz-Dürig-Herzog, Art. 19 Abs. 4 GG, Rdn. 7), denn die Klage gegen vorher erledigte Verwaltungsakte ist, soweit sie lediglich im Hinblick auf einen Amtshaftungsprozeß geführt wird, nur ein Teil der umfassenderen öffentlichrechtlichen Leistungsklage, für die kraft positiven Rechts die Zivilgerichte zuständig sind.

55) Tatsächlich wird dieses Argument zwar nicht vorgetragen, da -wie oben dargestellt- die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte für diese Klagen gar nicht explizit als Problem gesehen wird. Dieses Argument müßte aber von allen denjenigen verwendet werden, die die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts stillschweigend bejahen.

56) Hier soll nur eine kurze Darstellung und Analyse der für und gegen das berechtigte Interesse vorgetragenen Argumente gegeben werden. Eingehender untersucht werden die Argumente für den insoweit umfassenderen Fall der nachträglichen Erledigung des Verwaltungsaktes, vgl. unten Kap.3 S.83 f.

tigte Interesse wird vorgetragen, daß die Zivilgerichte die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes in eigener Zuständigkeit beurteilen könnten und daß die Verwaltungsgerichte deswegen nicht in die Befugnisse der Zivilgerichte eingreifen dürften.[58)]

Das berechtigte Interesse wird also einmal bejaht unter Berufung auf die verwaltungsgerichtliche Generalklausel; es wird verneint unter Berufung auf die Zuständigkeitsregelung des Art. 34 GG, § 4o Abs. 2 VwGO. Daß diese Argumente beim berechtigten Interesse fehl am Platze sind, ist offenkundig; denn wenn das berechtigte Interesse mit Zuständigkeitserwägungen bejaht oder verneint wird, verliert diese Sachurteilsvoraussetzung jede eigenständige Funktion. Auch das auf den ersten Blick überzeugende Argument der größeren Fachverständigkeit der Verwaltungsgerichte zur Entscheidung öffentlichrechtlicher Streitigkeiten weist nicht über das ungeklärte Zuständigkeitsproblem hinaus. Die größere Fachverständigkeit des Verwaltungsgerichts gründet sich auf die verwaltungsgerichtliche Generalklausel und beruht auf der Annahme, daß aus der Zuständigkeit die Fachverständigkeit folge. Da aber die Amtshaftungsklagen aus der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte herausgenommen und den Zivilgerichten zugewiesen sind, könnte man ebenso gut folgern, daß die Zivilgerichte fachverständiger seien für diese Kategorie öffentlichrechtlicher Streitigkeiten und die damit zusammenhängenden Einzelfragen.[59)]

---

57) Vgl. insbesondere Naumann in DVBl.1951 S.14o (141), dessen Argumentation sich das BVerwG weitgehend zu eigen gemacht hat: Urt. vom 7.1o.1955 in BVerwGE 2 S.229 (232).

58) Vgl. Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 113 Anm.3 a m.w.N.; Schober in DÖV 1966 S.552 (554).

59) Vgl. auch die Kritik des VGH Kassel, Urt. vom 22. 11.1963 in NJW 1964 S.1638 (1639).

Bringt man diese Argumente an die richtige Stelle, dann wird klar, daß sich die Auseinandersetzung in diesen Fällen ausschließlich darum dreht, ob § 4o Abs. 1 oder § 4o Abs. 2 VwGO eingreift, d.h. darum, ob die Frage nach dem eigentlichen Rechtsschutzbegehren bereits bei der Prüfung der Zuständigkeit zu stellen und zu bejahen ist. Geschieht das nicht, ergeben sich bei der Prüfung des berechtigten Interesses zwangsläufig die oben dargestellten Widersprüche und Inkonsequenzen. Nur wenn das eigentliche Rechtsschutzbegehren bereits bei der Zuständigkeit untersucht und in den hier interessierenden Fällen die vorrangige Zuständigkeit der Zivilgerichte bejaht wird, lassen sich diese Widersprüche vermeiden.

So wie vom Prinzip der Subsidiarität der Feststellungsgegenüber der Leistungsklage Ausnahmen möglich sind, wenn sich die rigide Durchführung dieses Prinzips ausnahmsweise als prozeßunökonomisch erweist[6o] oder dem Kläger dadurch Nachteile bei seiner Rechtsverfolgung entstehen würden,[61] muß es auch von der subsidiären Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte Ausnahmen geben, denn die subsidiäre Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte für diese Feststellungsklagen ist nur eine Ausprägung dieses Prinzips.

Ein solcher Ausnahmefall, der es im Interesse des Prinzips der Prozeßökonomie rechtfertigt, den Kläger nicht nach § 4o Abs. 2 VwGO auf die Leistungsklage vor dem Zivilgericht zu verweisen, liegt dann vor, wenn die verantwortliche Körperschaft erklärt hat, daß sie bereit sei, schon dann Schadensersatz zu leisten, wenn

---

6o) Vgl. Redeker-von Oertzen, § 43 VwGO, Rdn.21;

61) Vgl. Schönke, Das Rechtsschutzbedürfnis, S.51/52.

die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes festgestellt werde.[62]

Bei der Prüfung, ob -insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Vermeidung von Nachteilen- weitere Ausnahmen möglich sind, ist auf eine Fallgestaltung einzugehen, die Menger -wenn auch in anderem Zusammenhang- in die Diskussion um den erledigten Verwaltungsakt eingeführt hat:[63] es ist der Fall denkbar, daß der Kläger seiner Substantiierungslast hinsichtlich seines Anspruchs auf Schadensersatz ohne Akteneinsicht nicht genügen kann. Eine durchsetzbare Pflicht der Behörde zur Aktenvorlage gibt es wohl gemäß § 99 VwGO im Verwaltungsprozeß, nicht aber im Zivilprozeß. Bei dieser Konstellation bedarf der Kläger also eines Verwaltungsprozesses, um überhaupt einen Amtshaftungsprozeß vor dem Zivilgericht führen zu können. Daß der Kläger in diesen Fällen unbestrittenermaßen eines Verwaltungsprozesses bedarf, weil er nur hier die zur Substantiierung seines Amtshaftungsanspruchs notwendige Akteneinsicht erreichen kann, rechtfertigt es jedoch nicht, die subsidiäre Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts für die Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes eingreifen zu lassen; denn wenn der Kläger der Akteneinsicht bedarf, kann er darauf im Wege einer allgemeinen Leistungsklage klagen. Aus der subsidiären Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts für die Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes entstehen dem Kläger also keine Nachteile, die eine Durch-

---

62) Das entspricht der ganz hM, die dem Kläger in diesen Fällen das berechtigte Interesse an einer verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage zuerkennt.

63) Vgl. Menger in VerwArch. 1965 S.81 (93). Die Ausführungen betreffen das berechtigte Interesse bei der nachträglichen Erledigung des Verwaltungsaktes.

brechung rechtfertigen würden. Im übrigen müßte spätestens eine solche Feststellungsklage am berechtigten Interesse scheitern, denn das Interesse an Akteneinsicht kann nur ein darauf gerichtetes Sachurteil, nicht aber ein gegenüber diesem Interesse weitergehendes Urteil auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes rechtfertigen.

Auf die Erörterung weiterer denkbarer Ausnahmen soll bewußt verzichtet werden. Da die Praxis bisher keine Fälle geliefert hat, die mögliche weitere Ausnahmen beinhalten könnten, hätten solche Erörterungen nur spekulativen Charakter. Es genügt, als Grundsatz festzuhalten: die Verwaltungsgerichte sind für die Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit eines erledigten Verwaltungsaktes nur subsidiär zuständig, wenn der Kläger letztlich nur Schadensersatz verlangt. Diese subsidiäre Zuständigkeit kann durchbrochen werden. Bei der Beurteilung der Zulässigkeit solcher Durchbrechungen sind dieselben strengen Maßstäbe anzulegen wie bei der Durchbrechung der Subsidiarität der Feststellungs- gegenüber der Leistungsklage.

Als Teilergebnis ist somit festzuhalten, daß die Zulässigkeit einer verwaltungsgerichtlichen Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit eines vorher erledigten Verwaltungsaktes eine erste Einschränkung erfährt durch die Zuständigkeitsregelung des § 4o Abs. 2 VwGO.

2. Die weitere Einschränkung der Zulässigkeit der Klage durch Klagefrist und Vorverfahren

Bei der Untersuchung, ob und gegebenenfalls welche weiteren Einschränkungen der Klage gegen vorher erle-

digte Verwaltungsakte durch die Verwaltungsgerichtsordnung geboten sind, legt die enge Beziehung der Klage zur Anfechtungsklage die Frage nahe, ob auch diese Klage zeitlich zu befristen und ob vor Klageerhebung ein Vorverfahren durchzuführen sei.

a) Überblick über den Stand der Meinungen unter dem Gesichtspunkt ihres methodischen Vorgehens

Hinsichtlich dieser Einschränkungen der Zulässigkeit der Klage werden in Rechtsprechung und Literatur folgende Meinungen vertreten: es müsse auch bei dieser Klage ein Vorverfahren durchgeführt und eine Klagefrist eingehalten werden;[64] es sei weder ein Vorverfahren noch die Einhaltung einer Klagefrist erforderlich;[65] es bedürfe keines Vorverfahrens, wohl aber der Einhaltung einer Klagefrist.[66] Es werden also alle theoretisch denkbaren Varianten vorgeschlagen, ohne daß sich bisher eine überwiegende Meinung herausgebildet hätte oder

---

64) Vgl. Wittig in BayVBl.1964 S.394 (396); Obermayer in BayVBl.1960 S.208 (213); Schenke in BayVBl. 1969 S.304 f, der ausdrücklich allerdings nur die Notwendigkeit eines Vorverfahrens betont; Samper, Polizeiaufgabengesetz, § 47 Rdn. 14-19; Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, Staats-und Verwaltungsrecht in Bayern, S.247-249; Müller, Klaus, Diss. Jur.1966 S.96; Schober in DÖV 1966 S.552 (553); Fürst/Kellner, S.91; Tschira/Schmitt Glaeser, S.154/155.

65) Vgl. Hans J.Wolff, § 171 I a und § 172 III; Renck in Jus 1970 S.113 (117/118); ders. in NJW 1965 S.1791; Schiedermayer, S.241; nicht ganz klar Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 113 Anm. 3 b.

66) Vgl. BVerwG, Urt. vom 9.2.1967 in DVBl.1967 S.379 (381); BVerwG, Urt. vom 31.7.1967 in NJW 1967 S.1245; BVerwG, Urt. vom 12.12.1967 in DÖV 1968 S.246 f; Redeker-von Oertzen, § 113 VwGO, Rdn.16; Menger/Erichsen in VerwArch. 1968 S.182; van Gelder in Jus 1965 S.89 (91/92); v. Mutius, Diss. Jur. 1969 S.232-234.

sich auch nur abzeichnete, vergleicht man nur die Stellungnahmen der letzten fünf Jahre. Diese Fragen bedürfen aber einer verbindlichen Klärung, denn von ihrer Beantwortung hängt es ab, unter welchen Bedingungen der von einem vorher erledigten Verwaltungsakt Betroffene - das berechtigte Interesse vorausgesetzt -Rechtsschutz erlangen kann. Nur wenn diese Fragen verbindlich geklärt und der Ebene des Meinungsstreits enthoben sind, wird eine ansonsten unvermeidliche Ungleichbehandlung bei voneinander abweichenden Meinungen der Gerichte beseitigt.

Untersucht man die oben skizzierten Meinungen unter dem Gesichtspunkt ihres methodischen Vorgehens, lassen sich zwei grundsätzlich unterschiedliche Weisen des Herangehens an diese Fragen feststellen. Die eine Methode ist gekennzeichnet durch ein ziemlich pauschales Abstellen entweder auf die Nähe der Klage zur Anfechtungsklage[67] oder zur Feststellungsklage[68] des § 43 VwGO und der daraus gefolgerten entsprechenden Anwendung der Sachurteilsvoraussetzungen der Anfechtungs- bzw. Feststellungsklage. Die zweite -differenzierende- Methode untersucht jeweils getrennt für Klagefrist und Vorverfahren, ob diese Sachurteilsvoraussetzungen auch für die Klage gegen vorher erledigte Verwaltungsakte zu fordern seien.[69]

Daß nur die differenzierende Methode hier Anwendung finden und zum richtigen Ergebnis führen kann, ergibt sich aus folgenden Überlegungen: das Erfordernis von

---

67) Vgl. etwa Schober in DÖV 1966 S.552 (554); Tschira/Schmitt Glaeser, S. 154/155.

68) Vgl. Renck in Jus 197o S.113 (117/118).

69) Vgl. Menger/Erichsen in VerwArch. 1968 S.181/182; BVerwG, Urt. vom 9.2.1967 in DVBl. 1967 S.379 f.

Klagefrist und Vorverfahren bedeutet eine Reduktion der Zulässigkeit der Klage. Wie oben[7o)] dargelegt, ist eine Reduktion der Klage nur zulässig, wenn diese durch Art. 2o Abs. 3 GG geboten und durch Art. 19 Abs. 4 GG erlaubt ist. Ob eine Reduktion geboten ist, kann aber nur mit Hilfe eines juristisch-teleologischen Schlußverfahrens aus der VwGO beantwortet werden. Dazu genügt es aber nicht, pauschal auf die Nähe dieser Klage zur Anfechtungsklage bzw. Feststellungsklage hinzuweisen; denn es kommt entscheidend darauf an, den Beweis zu führen, daß das, worin die Klage der Anfechtungs- bzw. Feststellungsklage ähnlich bzw. unähnlich ist, gerade das ist, was für das Erfordernis eines Vorverfahrens und der Einhaltung einer Klagefrist bei der Anfechtungsklage bzw. für den Verzicht auf diese Sachurteilsvoraussetzungen bei der Feststellungsklage ausschlaggebend war. Bei der pauschalisierenden Methode bleibt weiter unberücksichtigt, daß möglicherweise Vorverfahren sowohl als auch Klagefrist oder eine von beiden Sachurteilsvoraussetzungen bei der Anfechtungsklage ihren sachlichen Grund und ihre Rechtfertigung hinsichtlich Art. 19 Abs. 4 GG gerade in der durch die Aufhebbarkeit des Verwaltungsaktes bestimmten Situation haben, beim erledigten Verwaltungsakt aber fehl am Platze sind. Aus diesen Gründen kann die für die Klärung des hier anstehenden Problems richtige Methode nur eine solche sein, die jeweils für Klagefrist und Vorverfahren gesondert untersucht, ob diese Sachurteilsvoraussetzungen entsprechend auch auf die Klage gegen einen vorher erledigten Verwaltungsakt angewendet werden müssen.

7o) Vgl. S. 27-3o.

b) Die Zulässigkeit einer Reduktion der Klage analog § 74 VwGO

Im Zusammenhang mit dem Problem der zeitlichen Befristung der Klageerhebung sind zwei unterschiedliche Situationen zu berücksichtigen. Der Verwaltungsakt kann sich erledigen, nachdem der Adressat die Widerspruchs-bzw. die Anfechtungsfrist ungenutzt hat verstreichen lassen; der Verwaltungsakt kann sich aber auch innerhalb der Widerspruchsfrist bzw. bei rechtzeitig eingelegtem Widerspruch innerhalb der Klagefrist erledigen. Im folgenden soll zunächst der Frage nachgegangen werden, ob der Kläger dann, wenn der Verwaltungsakt im Zeitpunkt der Erledigung noch nicht unanfechtbar war, die Klage innerhalb der für die Anfechtungsklage geltenden Frist erheben muß, oder ob die Klage unbefristet erhoben werden kann. In einem gesonderten Punkt ist zu klären, ob die Klage überhaupt unzulässig ist, wenn der Verwaltungsakt im Zeitpunkt der Erledigung bereits unanfechtbar war.

aa) Die Erledigung des Verwaltungsaktes im Stadium seiner Anfechtbarkeit

(1) Stand der Meinungen

Daß die Klage gegen einen vorher erledigten Verwaltungsakt analog § 74 VwGO zu befristen sei, wird -soweit sich überhaupt Argumente finden- in sehr allgemeiner Weise damit begründet, daß manches dafür spreche, die auf Herbeiführung der Rechtssicherheit gerichteten Klagefristen auch hier eingreifen zu lassen[71] sowie

71) Vgl. Menger und Erichsen in VerwArch. 1968 S.180/181.

damit, daß es nicht einzusehen sei, daß die mehr oder weniger vom Zufall abhängende Frage, ob sich der Verwaltungsakt vor oder nach Klageerhebung erledigt habe, Einfluß auf die Klagefristen haben solle.[72] Das BVerwG konnte diese Frage bisher dahinstehen lassen, weil die Kläger die Frist des § 74 VwGO jedenfalls eingehalten hatten. Das Gericht gab aber zu erkennen, daß es eine unbefristete Klagemöglichkeit in diesen Fällen für zweifelhaft halte.[73] Soweit gegen die Befristung der Klage votiert wird, geschieht das in noch allgemeinerer Weise lediglich unter Berufung auf die nicht befristete Feststellungsklage des § 43 VwGO.[74] Die gegensätzlichen Stellungnahmen spiegeln die Stellung der Klage zwischen Anfechtungs-und Feststellungsklage, d.h. zwischen nachträglichen und ursprünglichen Streitigkeiten[75] wider, ohne jedoch zu einer Klärung dieser wichtigen Frage beizutragen.

(2) Versuch einer Lösung des Problems

Die Beschränkung der Zulässigkeit der Klage gegen erledigte Verwaltungsakte durch die zeitliche Befristung der Klageerhebung analog § 74 VwGO ist dann zulässig und geboten, wenn der Nachweis zu führen ist, daß die ungeregelte Klage gegen erledigte Verwaltungsakte mit der geregelten Klage gegen aufhebbare Verwaltungsakte diejenigen Momente gemeinsam hat, auf denen die Regelung des § 74 VwGO beruht und wenn die Momente, die beide Klagen unterscheiden, im Hinblick auf § 74 VwGO unwesentlich sind.

---

72) Vgl. Schober in DÖV 1966 S.552 (553).

73) Vgl. BVerwG, Urt. vom 31.1.1967 in NJW 1967 S.1245; Urt. vom 9.2.1967 in DVBl.1967 S.379 f.

74) Vgl. Renck in Jus 1970 S.113 (117/118).

(a) Ermittlung des für § 74 VwGO maßgebenden gesetzgeberischen Grundes

Die Befristung einer Klage im ersten Rechtszug, wie das bei Anfechtungs-und Verpflichtungsklage, der Fall ist, ist dem Zivilprozeß und auch dem Verwaltungsprozeß im übrigen unbekannt. Fristen sind bei Klageerhebung regelmäßig nur dort einzuhalten, wo bereits über einen Sachverhalt eine Entscheidung der Rechtspflege ergangen ist, die mit der Klage angegriffen wird, nämlich bei den Rechtsmittelklagen. Wenngleich Anfechtungs-und Verpflichtungsklagen keine Rechtsmittelklagen im engeren Sinne sind, wendet sich der Kläger damit doch gegen einen Staatsakt, der selbst Rechtspflege darstellt; denn durch den Erlaß eines belastenden oder die Verweigerung eines begünstigenden Verwaltungsaktes hat die Behörde den ursprünglichen Sachverhalt unter Anwendung von Rechtsnormen geregelt, indem sie dem Adressaten ein bestimmtes Tun, Dulden oder Unterlassen potentiell verbindlich auferlegt oder eine Vergünstigung potentiell verbindlich abgelehnt hat.[76] Trotz der Unterschiede zwischen Urteil und Verwaltungsakt haben Anfechtungs-bzw. Verpflichtungsklagen und Rechtsmittelklagen ein dem Wesen nach insoweit gleiches Angriffsziel, als sie darauf gerichtet sind, einen staatlichen Hoheitsakt zu beseitigen, der Rechtspflege enthält.[77] Die beiden Klagen gemeinsame Befristung muß also ihren Grund in diesem dem Wesen nach gleichen Angriffsziel, der rechtspflegerischen Entscheidung haben.

Durch die Befristung dieser Klagen wird erreicht, daß die rechtspflegerischen Entscheidungen über einen Sach-

---

75) Vgl. zum Begriff Menger, System, S.137 f.
76) Vgl. Menger, System, S. 135/136.
77) Vgl. Menger, System, S. 135/136.

verhalt nach einer bestimmten Zeit unangreifbar feststeht.

Ihre Rechtfertigung erhält diese Befristung des Rechtsschutzes gegen rechtspflegerische Entscheidungen durch das Prinzip der Rechtssicherheit, da wegen der oft weitreichenden Wirkungen solcher Entscheidungen ein erhebliches Bedürfnis danach besteht, den Zeitraum der nur potentiellen Verbindlichkeit kurz zu bemessen.[78] Aus den Vorschriften über Anfechtungs-und Verpflichtungsklagen kann also der Grundsatz eliminiert werden, daß Klagen dann zu befristen sind, wenn damit eine rechtspflegerische Entscheidung angegriffen wird.

Allerdings könnte dieses Ergebnis als zu eng erscheinen, da § 43 Abs. 2 VwGO nach Ablauf der Klagefrist auch eine solche Klage ausschließt, die nur auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes abzielt.[79] Das Fristerfordernis gilt hier also auch, obgleich eine solche Klage nicht unmittelbar auf Aufhebung einer rechtspflegerischen Entscheidung gerichtet ist. Bei der Würdigung dieser Regelung ist zu beachten, daß sie sich unmittelbar nur auf die Fälle erstreckt, in denen der Verwaltungsakt noch existent, aber unanfechtbar ist. Würde in diesen Fällen die Klage, daß der Verwaltungsakt rechtswidrig ist, zugelassen, dann könnte die unanfechtbare Verwaltungsentscheidung desavouiert und die Verwaltung im Vollzug der Maßnahme dem psychologischen Druck eines die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes feststellenden Urteils ausgesetzt und damit verunsichert werden.[8o] Damit könnte über eine

---

78) Vgl. v.Mutius, S.128/129.

79) Vgl. Renck in Jus 197o S.113 (118).

8o) Vgl. Renck in Jus 197o S.113 (118).

Feststellungsklage, selbst wenn eine Aufhebung des Verwaltungsaktes damit nicht mehr betrieben werden kann, mit Hilfe des durch ein deklaratorisches Urteil auszuübenden moralischen Drucks die Funktion der Befristung der Anfechtungsklage umgangen und eine Gefährdung des geordneten Ganges der Verwaltung erreicht werden.

Der gesetzgeberische Grund für die Befristung der Anfechtungsklage ist also unter Einbeziehung des § 43 Abs. 2 VwGO dahingehend zu präzisieren, daß eine erstinstanzliche Verwaltungsklage dann zu befristen ist, wenn durch die unbefristete Zulassung der Klage eine rechtspflegerische Entscheidung direkt oder indirekt angegriffen und damit unbefristet die Stetigkeit der Verwaltung und ihr geordneter Gang gefährdet werden könnte.

(b) Möglichkeit der Übertragung dieses gesetzgeberischen Grundes auf die Klage gegen vorher erledigte Verwaltungsakte

Wegen der den Analogieschluß rechtfertigenden Annahme der gleichen Regelung bei Vorliegen des gleichen gesetzgeberischen Grundes[81] ist auch die Klage gegen vorher erledigte Verwaltungsakte zu befristen, wenn damit eine rechtspflegerische Entscheidung angegriffen wird mit dem Ziel, die Entscheidung aufzuheben oder zu erschüttern. Hat sich der Verwaltungsakt erledigt, d.h. ist sein der Vollziehung fähiger Inhalt gegenstandslos geworden, dann ist keine Maßnahme mehr vorhanden, deren Vollzug mit dem Ziel ihrer Aufhebung oder mindestens Desavouierung beeinträchtigt werden könnte; denn die Entscheidung ist entweder bereits in einer

81) Vgl. Menger, System, S.69; Schack, Analogie, S.278.

nicht mehr rückgängig zu machenden Weise vollzogen oder von der Behörde schon zurückgenommen. Weil aber, wenn sich der Verwaltungsakt erledigt hat, eine aus tatsächlichen Gründen aufhebbare Entscheidung nicht mehr vorhanden ist, könnte ein Urteil, das die Rechtswidrigkeit feststellt, den Vollzug weder hindern noch desavouieren. Der gesetzgeberische Grund für die Befristung von Klagen ginge hier ins Leere, es sei denn, man wollte das Prinzip der Rechtssicherheit so weit ausdehnen, daß behördliche Entscheidungen nach einer gewissen Zeit schlechthin der Kritik oder dem Zweifel an ihrer Rechtmäßigkeit entzogen sein sollten. Einer solchen Ausdehnung wäre aber entgegenzuhalten, daß Art. 19 Abs. 4 GG durch den Richter nicht in weiterem Umfange eingeschränkt werden darf, als er durch das positive Recht dazu legitimiert ist. Da aber der gesetzgeberische Grund, der für die Regelung des § 74 VwGO maßgebend war, auf die Klage gegen vorher erledigte Verwaltungsakte nicht zutrifft, fehlt es an der Legitimation für eine entsprechende Einschränkung dieser Klagen.

(c) Die Einordnung der Klage in das Begriffspaar "ursprüngliche und nachträgliche" Verwaltungsstreitigkeiten

Die Untersuchung soll sich jedoch nicht darauf beschränken darzutun, daß und warum die Klage nicht unter das die Befristung der Anfechtungsklage tragende Prinzip fällt. Gerade wegen der fast zwangsläufigen Verbindung von Verwaltungsakt und Klagefrist erscheint es notwendig, über diesen negativen Beweis die Zugehörigkeit der Klage zu den ursprünglichen, d.h. unabhängig von prozessualen Fristen zulässigen Verwaltungsstreitigkeiten zu beweisen.

Ausgehend von der Definition der ursprünglichen Verwaltungsstreitigkeiten als Streitigkeiten, die nicht auf die Aufhebung eines Verwaltungsaktes[82] bzw. nicht auf die Nachprüfung einer potentiell verbindlichen Entscheidung gerichtet sind,[83] erscheint die Zuordnung der Klage gegen einen erledigten Verwaltungsakt zu den ursprünglichen Verwaltungsstreitigkeiten unproblematisch. Allerdings ist eine solche Zuordnung kaum geeignet, diejenigen, die für die Einhaltung einer Klagefrist auch bei dieser Klage plädieren, davon zu überzeugen, daß die Klage ohne Einhaltung einer Klagefrist zulässig sein soll.[84] Es ist deshalb notwendig nachzuweisen, daß die Zuordnung der Klage gegen erledigte Verwaltungsakte zu den unbefristet zulässigen ursprünglichen Verwaltungsstreitigkeiten nicht, wie es scheinen könnte, lediglich eine Frage der geschickten Definition ist.

Ergeht ein belastender Verwaltungsakt, dann sind zwei qualitativ verschiedene Wirkungen zu unterscheiden, die von dieser Maßnahme ausgehen. Soweit der Verwaltungsakt in seinem Tenor eine bestimmte Anordnung trifft und dadurch dem Adressaten ein bestimmtes Tun, Dulden oder Unterlassen potentiell verbindlich auferlegt, enthält der Verwaltungsakt materiell Rechtspflege. Der Verwaltungsakt begründet eine Verpflichtung des Adressaten, weil und inwieweit diese Verpflichtung im Verfügungssatz des Verwaltungsaktes angeordnet worden ist.[85] Daneben hat der Verwaltungsakt aber noch andere, nicht angeordnete Wirkungen. Wenn die Behörde einen Verwaltungsakt erläßt, liegt darin die Behauptung gegen-

---

82) Vgl. Hans J.Wolff, § 171 I a.

83) Vgl. Menger, System, S.137.

84) Vgl. dazu Menger, der trotz der von ihm vertretenen Definition der ursprünglichen Verwaltungsstreitigkeiten (System,S.137) die Einhaltung von Klagefristen fordert: Menger/Erichsen in VerwArch.1968 S.182/183.

über dem Adressaten und gegenüber jedermann, der von dem Erlaß des Verwaltungsaktes Kenntnis erlangt, daß zur Überzeugung der Behörde ein solches Verhalten des Adressaten vorliege, daß den Erlaß des Verwaltungsaktes notwendig machte.[86] Eine andere Möglichkeit ist wegen des Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung theoretisch ausgeschlossen.

Es ist diese im Erlaß des Verwaltungsaktes notwendig implizierte Behauptung, an die sich Wirkungen knüpfen können, die über die im Tenor angeordnete Rechtsfolge hinausgehen. Je nachdem wie das dem Verwaltungsakt wirklich oder angeblich zugrundeliegende Verhalten des Adressaten in der Öffentlichkeit beurteilt wird, kann sich der Adressat durch den Verwaltungsakt einer Diskriminierung ausgesetzt sehen, die ihm persönlich oder beruflich schadet oder schaden kann; und je nachdem ob der Verwaltungsakt aufgrund eines Sachverhalts ergangen ist, der wiederholbar ist, muß der Adressat den Erlaß des einen Verwaltungsaktes so deuten, daß die Behörde bei Wiederkehr einen ähnlichen Verwaltungsakt erlassen wird.

Mit der Erledigung des Verwaltungsaktes sind es nur noch diese Nachwirkungen, die den Adressaten belasten können; soweit er materielle Rechtspflege enthält, ist der Verwaltungsakt hinfällig geworden. Betrachtet man nur diese Nachwirkungen, so zeigt sich, daß sie nicht notwendig einen Verwaltungsakt zur Grundlage haben müssen. Dieselben Beeinträchtigungen können dadurch hervorgerufen werden, daß sich die Behörde zB in einem Rundschreiben direkt an die Öffentlichkeit wendet und und in dieser Form auf den Sachverhalt aufmerksam macht

---

85) Vgl. Erichsen/Hoffmann Becking in Jus 1971 S.144 146 m.w.N.

86) Vgl. Schenke in BayVBl.1969 S.304 (306).

und vielleicht Warnungen ausspricht[87] oder dadurch, daß sie in irgendeiner Form ihre Absicht bekundet, gegenüber dem Betroffenen demnächst einen belastenden Verwaltungsakt zu erlassen. Sind die Beeinträchtigungen in dieser Form erfolgt, dann kann der Betroffene sich dagegen zur Wehr setzen, indem er gegen die Behörde auf Widerruf oder Unterlassung der diskriminierenden Äußerungen[88] oder auf Unterlassung des beabsichtigten Verwaltungsaktes klagt,[89] und zwar im Wege einer unbefristeten allgemeinen Leistungsklage.[90]
Ist Grundlage dieser Rechtsbeeinträchtigungen jedoch nur die im Erlaß des Verwaltungsaktes implizierte Behauptung, an die sich Nachwirkungen knüpfen, dann ginge eine Klage auf Widerruf bzw. Unterlassung diskriminierender Behauptungen oder auf Unterlassung eines angekündigten Verwaltungsaktes ins Leere, weil die Behörde derartige Äußerungen explizit gar nicht getan hat. Dem Adressaten bleibt in diesem Fall nur die Möglichkeit, die Quelle der Rechtsbeeinträchtigungen zu zerstören, indem er durch die deklaratorische Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes den Anschein zerstört, daß die im Erlaß des Verwaltungsaktes konkludent enthaltene Behauptung richtig war bzw. indem der Behörde dadurch mit bindender Wirkung untersagt wird, einen ähnlichen Verwaltungsakt zu erlassen.[91] Indem der Kläger den erledigten Verwaltungsakt mit einer Feststellungsklage angreift, wendet er sich also nicht eigentlich gegen eine rechtspflegerische Entschei-

---

87) Vgl. die instruktive Fallbesprechung von Erichsen/Hoffmann Becking in Jus 1971 S.144 f.

88) Vgl. Erichsen/Hoffmann Becking in Jus 1971 S.144 f. m.w.N.

89) hM: vgl. Redeker-von Oertzen, § 42 VwGO,Rdn.1oo; Bachof, VerfR I,S.241; stark einschränkend Hans J. Wolff, § 172 II b.

9o) Vgl.Redeker-von Oertzen, § 42 VwGO,Rdn.96; Menger/Erichsen in VerwArch.1967 S.387.

dung - insoweit der Verwaltungsakt Rechtspflege enthielt, ist er einem Angriff sowieso entzogen - ; er wendet sich vielmehr gegen sonstige Beeinträchtigungen, deren Grundlage nicht notwendig, sondern zufällig ein Verwaltungsakt ist. Im Streit ist ein Sachverhalt, der noch nicht rechtspflegerisch gestaltet ist, nämlich die Frage, ob der Adressat die diskriminierenden Nachwirkungen dulden muß bzw. ob die Behörde einen ähnlichen Verwaltungsakt erlassen darf. Daß dazu die Überprüfung eines Verwaltungsaktes vorzunehmen ist, resultiert daraus, daß sich die den Adressaten beeinträchtigenden Wirkungen nur im Erlaß des Verwaltungsaktes manifestiert haben. Geprüft wird der Verwaltungsakt also nur unter dem Gesichtspunkt, ob die Behörde damit zu Recht eine den Adressaten beeinträchtigende Behauptung in die Welt gesetzt hat. Ob die Behörde sich direkt an die Öffentlichkeit gewandt hat oder ob sie durch den Erlaß des Verwaltungsaktes einen Tatbestand gesetzt hat, aus dem sich die Öffentlichkeit eine entsprechende Meinung bilden kann, ob sie den Erlaß eines Verwaltungsaktes in welcher Weise auch immer angekündigt oder ob sich die Ankündigung konkludent aus dem Erlaß des einen Verwaltungsaktes ergibt, kann deshalb keinen die Befristung im zweiten Falle rechtfertigenden Unterschied machen; denn hier wie dort geht es dem Adressaten nur um die Beseitigung solcher Rechtsbeeinträchtigungen, die nicht unmittelbar als materielle Rechtspflege zu qualifizieren sind. Aus der unbefristeten Zulässigkeit der allgemeinen Leistungsklage muß deshalb in Verbindung mit dem Gleichheitssatz der Schluß gezogen werden, daß auch die Klage gegen vorher erledigte Verwaltungsakte

---

91) Daß die rechtskräftige Feststellung, daß der konkrete Verwaltungsakt rechtswidrig war, auch die Feststellung umfaßt, daß die Behörde künftige Eingriffe desselben Inhalts -ceteris paribus- zu unterlassen hat, ist heute im Ergebnis weitgehend anerkannt: vgl. Lüke in Jus 1967 S.1 (5) m.w.N.

unbefristet erhoben werden kann.

Die Richtigkeit dieses Ergebnisses wird bestätigt, wenn man das Erfordernis des berechtigten Interesses mit in die Untersuchung einbezieht. Der Kläger kann jedenfalls nur dann auf die Feststellung klagen, daß der erledigte Verwaltungsakt rechtswidrig gewesen sei, wenn er ein berechtigtes Interesse an dieser Sachentscheidung nachweisen kann. Ein solches berechtigtes Interesse hat er nur dann, wenn von dem Verwaltungsakt gegenwärtig noch Nachwirkungen ausgehen, die die Rechtsstellung des Klägers beeinträchtigen oder unmittelbar bedrohen. Im Zeitpunkt der Erledigung müssen aber die beeinträchtigenden Nachwirkungen nicht notwendig schon absehbar sein. Anders als beim existenten Verwaltungsakt, wo die mögliche Rechtsbeeinträchtigung und damit das berechtigte Interesse an einer Anfechtungsklage schon dadurch gegeben ist, daß der Adressat zu einem bestimmten Tun, Dulden oder Unterlassen verpflichtet wird, können die Nachwirkungen des erledigten Verwaltungsaktes im Zeitpunkt der Erledigung nicht in jedem Fall mit Sicherheit vorausgesehen werden. Es ist die Situation denkbar, daß sich die Nachwirkungen des Verwaltungsaktes erst nach Ablauf der Frist des § 74 VwGO zeigen. Während der Klagefrist hätte der Kläger in einem solchen Fall abgewiesen werden müssen, weil ihm das Rechtsschutzbedürfnis fehlte. Nach Ablauf der Klagefrist hätte er zwar das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis, seine Klage müßte nunmehr aber als verspätet erhoben abgewiesen werden. Die Befristung dieser Klage könnte also theoretisch dazu führen, daß die Klage als verspätet zurückgewiesen werden müßte, obgleich ihre materiellen Voraussetzungen innerhalb der Frist gar nicht vorgelegen hatten. Wenn aber ungewiß ist, wann die materiellen Voraussetzungen einer Klage vorliegen, dann kann ihre Erhebung nicht innerhalb strikter Fristen gefordert werden. Die Befristung würde dann näm-

lich zu einer Vereitelung des Rechtsschutzes führen. Eine Befristung der Klage steht deshalb in Widerspruch zu Art. 19 Abs. 4 GG.

bb) Die Erledigung des Verwaltungsaktes im Stadium seiner Unanfechtbarkeit

Zu prüfen bleibt noch, ob die Klage dann unzulässig ist, wenn sich der Verwaltungsakt erst nach Eintritt seiner Unanfechtbarkeit erledigt.

(1) Stand der Meinungen

Eine Entscheidung zu einem solchen Fall ist bisher noch nicht ergangen. Das BVerwG hat zu diesem Problem bisher lediglich in einem obiter dictum Stellung genommen und die Auffassung vertreten, daß jedenfalls bei dieser Konstellation eine Klage nicht mehr zulässig sein könne.[92] Menger[93] und Erichsen[93] haben insoweit zustimmend die Unzulässigkeit der Klage aus dem Rechtsgedanken des § 43 Abs. 2 VwGO gefolgert, der eine Umgehung der auf Rechtssicherheit gerichteten Fristen der Anfechtungsklage verbiete und der auch hier eingreife. Ob diejenigen, die die Klage im übrigen für unbefristet zulässig erachten,[94] auch diesen Fall meinen, ist den Stellungnahmen nicht mit hinreichender Sicherheit zu entnehmen.

(2) Kritik und eigene Lösung

Es ist nicht zu bestreiten, daß die Unzulässigkeit

92) Vgl. BVerwG, Urt. vom 9.2.1967 in DVBl.1967 S.379 (381); Urt. vom 31.1.1967 in NJW 1967 S.1245.

der Klage in diesem Fall offenkundig erscheint. Das soll jedoch kein Grund sein, auf eine kritische Auseinandersetzung mit diesem Problem zu verzichten. Auch dieses Problem kann nur von dem Spannungsverhältnis zwischen Art. 19 Abs. 4 GG und den Vorschriften der VwGO angegangen werden. Art. 19 Abs. 4 GG gebietet die Gewährung von Rechtsschutz in grundsätzlich umfassender Weise, sofern nicht -ihrerseits verfassungsgemäße - Vorschriften der VwGO entgegenstehen.[95] Übertragen auf das hier anstehende Problem heißt das, daß die Klage dann und nur dann unzulässig ist, wenn die Zulassung der Klage in Konflikt träte zu den Vorschriften der VwGO, wenn also das durch die VwGO vorgegebene System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes in sich inkonsequent würde.[95]

Die Vorschrift, auf die es in diesem Zusammenhang ankommt, ist § 43 Abs. 2 VwGO. Diese Vorschrift soll u.a. verhindern, daß der Kläger, der einen Verwaltungsakt hat unanfechtbar werden lassen, durch Erhebung einer Feststellungsklage gemäß § 43 Abs. 1 VwGO die Vorschrift des § 74 VwGO umgeht.[96] Eine unmittelbare Anwendung dieser Vorschrift auf die hier interessierenden Fälle scheitert schon daran, daß die Klage gegen einen erledigten Verwaltungsakt keine echte Feststellungsklage gemäß § 43 Abs. 1 VwGO ist.[97] Zu prüfen bleibt aber die Möglichkeit einer entsprechenden Anwendung. Aus der Funktion dieser Vorschrift, nämlich der Absicherung des § 74 VwGO, wird man, wie Menger[98] und Erichsen[98] dies tun, als Grundgedanken abstrahieren können, daß eine Klage mit dem Ziel eines deklaratorischen Urteils dann unzulässig ist, wenn die Vor-

---

93) Vgl. Menger/Erichsen in VerwArch. 1968 S.182.
94) Vgl. oben S.44 Fn.65.
95) Vgl. dazu oben S.27-31.
96) Vgl. Redeker-v.Oertzen, § 43 VwGO, Anm. 22.

schriften über die Befristung der Anfechtungs- bzw. Verpflichtungsklage umgangen werden würden.

Hat der Kläger den Verwaltungsakt vor seiner Erledigung unanfechtbar werden lassen, dann stand ihm jedenfalls die Frist des § 74 VwGO voll zur Verfügung. Daß die Klage gegen den nunmehr erledigten Verwaltungsakt zu einer Umgehung des § 74 VwGO führen würde, erscheint jedoch durchaus problematisch. § 74 VwGO könnte jedenfalls nicht in der Weise umgangen werden, daß die durch den Verwaltungsakt getroffene Regelung, die nach Ablauf der Anfechtungsfrist endgültig verbindlich sein sollte, angegriffen würde, denn als Verwaltungsakt existiert der Verwaltungsakt nach seiner Erledigung nicht mehr.[99] Ein Angriff oder eine Erschütterung ist bereits aus tatsächlichen Gründen unmöglich.

Nur wenn der Rechtsgedanke des § 43 Abs. 2 VwGO in der Weise auszuweiten wäre, daß eine rechtspflegerische Entscheidung nach einer bestimmten Zeit schlechthin der Kritik und der Überprüfung durch ein Gericht entzogen sein soll, widerspräche die Zulassung der Klage dem Rechtsgedanken des § 43 Abs. 2 VwGO.
Der Gewinnung allgemeiner Rechtsgedanken aus vorhandenen prozessualen Vorschriften werden jedoch durch Art. 19 Abs. 4 GG Schranken gezogen. Zwar schließt Art. 19 Abs. 4 GG nicht aus, daß dem Betroffenen nach Ablauf prozessualer Fristen Rechtsschutz verweigert wird;[1oo] eine solche Beschränkung des Rechtsschutzes

---

97) Vgl. oben S. 13 f.

98) Vgl. Menger/Erichsen in VerwArch. 1968 S.182.

99) Vgl. oben S.13.

1oo) Vgl. Maunz-Dürig-Herzog, Art. 19 Abs. 4 GG, Rdn.1; v.Mutius S.144 m.w.N.

ist jedoch dann mit Art. 19 Abs. 4 GG unvereinbar, wenn sie aus Sachgründen nicht zu rechtfertigen ist.[101)] Die Befristung von Klagen erfährt ihren sachlichen Grund aus dem Prinzip der Rechtssicherheit,[102)] welches gebietet, daß hoheitliche Entscheidungen wegen ihrer oft weitreichenden Wirkungen nach einer angemessenen Zeit verbindlich und unangreifbar werden.[103)] Der aus § 43 Abs. 2 VwGO zu ermittelnde Rechtsgedanke kann mit Rücksicht auf Art. 19 Abs. 4 GG nur in der Weise konkretisiert werden, daß eine Klage mit dem Ziel eines deklaratorischen Urteils dann unzulässig ist, wenn andernfalls die im Interesse des Prinzips der Rechtssicherheit unerträgliche Wirkung erreicht würde, daß eine hoheitliche Regelung nach Ablauf einer angemessenen Schwebezeit noch angegriffen werden könnte. Zwar wird mit der Klage gegen einen unanfechtbaren erledigten Verwaltungsakt eine rechtspflegerische Entscheidung der Überprüfung entzogen; diesem Angriff fehlt jedoch aus tatsächlichen Gründen die Qualität, den hoheitlichen Ausspruch, insoweit er Rechtspflege enthielt, zu erschüttern. Da eine Gefährdung der Rechtssicherheit somit objektiv nicht möglich ist, läßt sich dieser Fall dem Rechtsgedanken des § 43 Abs. 2 VwGO nicht subsumieren mit der Folge, daß die Zulassung der Klage nicht in Widerspruch tritt zum System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes. Auch die Klage gegen einen unanfechtbaren erledigten Verwaltungsakt ist somit zulässig.

---

101) Vgl. Leibholz/Rinck, Art. 19 GG,Rdn.9; Schmidt-Bleibtreu/Klein,Art. 19 GG,Rdn.18.

102) Vgl. Menger, System, S.139/140; Engisch,S.163.

103) Vgl. v.Mutius,S.129 m.w.N.

c) Die Zulässigkeit einer Reduktion der Klage durch die Vorschaltung eines Vorverfahrens analog §§ 68 f VwGO

aa) Darstellung der Argumentationen für und gegen ein Vorverfahren als Zulässigkeitsvoraussetzung der Klage gegen einen erledigten Verwaltungsakt

Die Darstellung der Argumente für ein Vorverfahren kann sich im wesentlichen auf die Ausführungen Schenkes[1o4)1o5)] beschränken, der kürzlich in verhältnismäßig ausführlicher Weise dazu Stellung genommen hat: nach der VwGO sei es die Regel, daß vor Erhebung einer verwaltungsgerichtlichen Klage ein Vorverfahren durchgeführt werden müsse. Daß dies bei der Feststellungsklage und der im Gesetz nicht explizit geregelten allgemeinen Leistungsklage nicht der Fall sei, stelle eine Ausnahmeregelung dar. Nach dem Satz "singularia non sunt extendenda", der mindestens in Zweifelsfällen gelten müsse, sei deshalb auch bei der Klage gegen erledigte Verwaltungsakte grundsätzlich von der Notwendigkeit eines Vorverfahrens auszugehen. Davon abgesehen erfülle ein Vorverfahren, bei dem die Behörde die Rechtswidrigkeit ihres - erledigten - Verwaltungsaktes feststelle, ebenso wie das Vorverfahren beim noch existenten Verwaltungsakt, die Funktion, die Verwaltungsgerichte zu entlasten, weil, wenn die Behörde die Rechtswidrigkeit anerkenne, der Adressat nicht mehr das für eine Klage erforderliche Rechtsschutzinteresse habe.[1o6)]
Das Vorverfahren diene auch der Selbstkontrolle der

1o4) Vgl. Schenke in BayVBl.1969 S.3o4 f.

1o5) Vgl. dazu auch die auf S.44 Fn.64-66 Genannten.

1o6) So auch Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 113 Anm. I 3 a; Bergmann in VerwArch.1958 S.333 (363);

Verwaltung und dem Rechtsschutz des Betroffenen, weil die Behörde, anders als das Verwaltungsgericht, den Verwaltungsakt auch auf seine Zweckmäßigkeit hin überprüfen dürfe. Schenke erachtet es für unerheblich, daß der behördlichen Feststellung nicht die Rechtskraftwirkung eines verwaltungsgerichtlichen Urteils zukomme, da die behördliche Feststellung deswegen keineswegs wertlos sei. Darüberhinaus sei es auch im normalen Vorverfahren Sache der Verwaltung, über die Rechtswidrigkeit ihrer Maßnahmen zu entscheiden. Außerdem dürfe es nicht von Zufälligkeiten abhängen, ob ein Vorverfahren durchzuführen sei oder nicht. Vereinzelt findet sich auch noch das Argument, daß der von einem erledigten Verwaltungsakt Betroffene nicht günstiger dastehen dürfe als der Adressat eines Verwaltungsaktes, von dem noch eine Regelungswirkung ausgehe.[107)]

Gegen ein Vorverfahren als Sachurteilsvoraussetzung dieser Klage hat Ule[108)] eingewandt, daß der Zweck des Vorverfahrens, nämlich die Überprüfung und ggf. Aufhebung des Verwaltungsaktes beim erledigten Verwaltungsakt nicht mehr erreicht werden könne. Ule relativiert allerdings seinen Standpunkt, wenn er sagt, daß der Adressat, um der Kostenlast bei sofortigem Anerkenntnis der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes zu entgehen, zweckmäßigerweise ein Vorverfahren durchführen wird. Das BVerwG[109)] hat in Übereinstimmung mit Menger,[110)] Erichsen[110a)] und v.Mutius[111)] argumentiert, daß das Vorverfahren einen wesentlichen Teil seiner

---

107) Vgl. Müller,Klaus, Diss.Jur. 1966 S.95.

108) Vgl. Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit,§ 113 Anm. I 3 a.

109) Vgl. BVerwG,Urt. vom 31.1.1967 in NJW 1967 S.1245; Urt. vom 9.2.1967 in DVBl.1967 S.379 (381).

110) Vgl. Menger/Erichsen in VerwArch. 1968 S.181 f.

111) Vgl. v.Mutius, S.232 f.

Aufgaben nicht mehr erfüllen könne, wenn sich der Verwaltungsakt erledigt habe, weil die Zweckmäßigkeitskontrolle ihren Sinn verfehle. Die Nachprüfung der Rechtmäßigkeit eines erledigten Verwaltungsaktes gehöre nicht zu den Aufgaben, die der Behörde durch die §§ 68 f. VwGO übertragen seien. Es sei nicht Sache der Verwaltung, über ihre eigene Tätigkeit verbindlich zu judizieren. Außerdem habe die behördliche Feststellung der Rechtswidrigkeit nicht die Rechtskraftwirkung eines verwaltungsgerichtlichen Urteils.

bb) Versuch einer Lösung des Problems

(1) Aussonderung der ungeeigneten Argumente

Von den vorstehend dargelegten Argumenten können einige ohne weiteres außer Betracht bleiben, weil sie zur Lösung des Problems in keiner Weise beitragen: das Argument, daß wegen der Auslegungsregel "singularia non sunt extendenda" die Regelung der Feststellungsklage im Zweifel nicht verallgemeinert werden dürfe, deshalb, weil die Feststellungsklage gegenüber der Anfechtungsklage ein aliud darstellt[112] und nicht eine Klage als Ausnahme von der anderen bezeichnet werden kann, zumal die Geltung dieses Grundsatzes keineswegs abschließend geklärt ist.[113][114] Vernachlässigt werden kann auch das

112) Vgl. Menger, System, S.237 f.

113) Vgl. Engisch, S.147 f; Larenz, S.26o.

114) Dieses Argument rechtfertigt in besonderem Maße die Bedenken, die dieser Auslegungsregel entgegengebracht werden; sie veranlaßt nämlich leicht dazu, die sorgfältige Ermittlung des einer Vorschrift zugrundeliegenden Prinzips zu vernachlässigen, ganz abgesehen davon, daß schon die Feststellung, daß

Argument, daß es nicht von Zufälligkeiten abhängen dürfe, ob ein Vorverfahren durchzuführen sei oder nicht; denn die Sachlage kann dadurch, daß der Verwaltungsakt vor Klageerhebung seine Erledigung gefunden hat, so verändert sein, daß die Gründe, die beim existenten Verwaltungsakt das Vorverfahren rechtfertigen, jetzt nicht mehr gegeben sind. An der Oberfläche bewegt sich auch das Argument, daß der von einem erledigten Verwaltungsakt Betroffene nicht günstiger gestellt werden dürfe als derjenige, der einen noch existenten Verwaltungsakt angreife. Mit diesem Argument wird lediglich unterstellt, daß beide Fälle gleich behandelt werden müssen. Daß und warum beide Fälle im Sinne des Gleichbehandlungsgebots vergleichbar sind, das eigentliche Problem, wird nicht dargelegt sondern ohne Begründung unterstellt. Auf die verbleibenden Argumente wird bei der nachfolgenden Untersuchung einzugehen sein.

(2) Problemstellung und Methode der Problemlösung

Die Durchführung eines Vorverfahrens vor Klageerhebung bedeutet eine Erschwerung und Verzögerung des gerichtlichen Rechtsschutzes.[115] Der durch Art. 19 Abs. 4 GG garantierte effektive Rechtsschutz[116] erfährt dadurch eine Einschränkung. Das Problem, das sich mit der Forderung nach Durchführung eines Vorverfahrens vor Klageerhebung stellt, ist somit das der Vereinbarkeit mit Art. 19 Abs. 4 GG. Zwar stehen Regelungen des Prozeß-

---

zwei Vorschriften in einem Regel-Ausnahmeverhältnis zueinander stehen, nicht getroffen werden kann ohne Ermittlung der diesen Vorschriften zugrundeliegenden Prinzipien.

115) Vgl. v.Mutius, S.144.

116) Vgl. v.Mangoldt/Klein, Art. 19 Anm. VII; Maunz-Dürig-Herzog, Art. 19 Abs. 4 GG, Rdn.12.

rechts, die rechtlich oder tatsächlich die Erlangung von gerichtlichem Rechtsschutz erschweren, nicht grundsätzlich in Widerspruch zu Art. 19 Abs. 4 GG, sondern nur dann, wenn dadurch der gerichtliche Rechtsschutz in unzumutbarer und aus sachlichen Gründen nicht mehr zu rechtfertigenden Weise erschwert oder vereitelt würde.[117] Die in dieser Weise relativ weit bestimmten Schranken der Ausgestaltung des Rechtswegs gelten jedoch nur für den Gesetzgeber.[118] Sofern es, wie hier, um die Ausgestaltung des Rechtswegs durch den Richter im Wege richterlicher Rechtsfortbildung geht, sind die Grenzen aufgrund der verfassungsrechtlichen Stellung der rechtsprechenden Gewalt[119] sehr viel enger gezogen. Eine Beschränkung des Art. 19 Abs. 4 GG durch richterliche Konkretisierung des Rechtswegs ist nur zulässig innerhalb der dem Prozeßrecht bereits inhärenten verfassungsmäßigen Prinzipien.[120] Die Fragestellung darf bei dem hier anstehenden Problem deshalb nicht lauten, ob ein Vorverfahren auch beim erledigten Verwaltungsakt sinnvoll und sachlich vertretbar wäre[121] - das sind Erwägungen, die in dieser Allgemeinheit nur der Gesetzgeber anstellen dürfte -; entscheidend ist allein, ob der den §§ 68 ff VwGO zugrundeliegende gesetzgeberische Grund, die Verfassungsmäßigkeit dieser Regelung vorausgesetzt, auch auf das Vorverfahren gegen erledigte Verwaltungsakte zutreffen würde.

---

117) Vgl. Leibholz/Rinck, Art. 19 Rdn.9

118) Vgl. v.Mutius, S. 142.

119) Vgl. oben S. 27 f.

120) Wegen des Prinzips der Gewaltenteilung darf der Richter rechtsfortbildend grundsätzlich nur dann tätig werden, wenn eine irgendwie geartete legislatorische Ermächtigung dazu vorhanden ist. Vgl. dazu auch Canaris, S. 37.

121) In dieser Weise argumentieren aber Schenke, BayVBl. 1969 S.304 (306) und Wittig, BayVBl. 1964 S.394 (396), die am entschiedensten für ein Vorverfahren plädieren.

(a) Der den §§ 68 ff VwGO zugrundeliegende gesetzgeberische Grund

Im Vorverfahren hat die Behörde Gelegenheit, ihren Verwaltungsakt noch einmal auf seine Recht- und ggf.Zweckmäßigkeit hin zu überprüfen und ihn aufzuheben, falls sie zu der Einsicht gelangt, daß er rechtswidrig oder unzweckmäßig war. Hebt sie den Verwaltungsakt, gleich aus welchem Grund auf, ist nichts mehr vorhanden, was den Adressaten beeinträchtigen könnte. Eine Klage vor dem Verwaltungsgericht wird also aufgrund der Selbstkorrektur des Verwaltungshandelns zwingend vermieden, weil der potentielle Kläger bereits das erhalten hat, was ihm ein obsiegendes Urteil nicht umfassender hätte geben können. Die Entlastung der Verwaltungsgerichte als Folge der im Vorverfahren geübten Selbstkontrolle und Selbstkorrektur des Verwaltungshandelns sind deshalb als Hauptzwecke des Vorverfahrens heute allgemein anerkannt.[122] Auch ein negatives Vorverfahren kann faktisch zu einer Entlastung des Verwaltungsgerichts führen, wenn der Adressat aufgrund des Widerspruchsbescheids von der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes oder der Aussichtslosigkeit einer Klage überzeugt worden ist.[123] Daß das Vorverfahren darüberhinaus auch dem Schutz des Bürgers diene, insbesondere wegen der allein hier möglichen Zweckmäßigkeitskontrolle, ist inzwischen überwiegend anerkannt.[124]
Die Verfassungsmäßigkeit des Vorverfahrens der §§ 68 ff VwGO wird heute nahezu einmütig bejaht[125] mit der Begründung, daß es wegen seiner auch für den Adressaten

---

122) Vgl. die ausführliche Darstellung bei v.Mutius, S.114 f m.w.N.

123) Vgl. v.Mutius, S.119 Fn.43.

124) Vgl. Bettermann in DVBl.1959 S.308 (311); Menger/Erichsen in VerwArch.1968 S.182; v.Mutius, S.122 Fn.61-63.

günstigen Funtionen sachlich gerechtfertigt sei und weil die Verwaltung nicht bestimmen könne, ob und wann der Adressat Anfechtungsklage erheben könne.[126] Das Vorverfahren steht auch nicht in Widerspruch zum Prinzip der Gewaltenteilung, weil im Vorverfahren noch Verwaltungstätigkeit stattfindet und den Verwaltungsgerichten die letzte Entscheidung darüber vorbehalten ist.[127]

(b) Überprüfung des Vorverfahrens gegen erledigte Verwaltungsakte auf die entsprechende Funktionserfüllung der §§ 68 ff VwGO

Das gegen einen erledigten Verwaltungsakt gerichtete Vorverfahren würde sich mindestens in seinem Ergebnis von dem Vorverfahren der §§ 68 ff VwGO zwangsläufig deshalb unterscheiden, weil der Verwaltungsakt nicht mehr aufgehoben werden kann. An die Stelle der Aufhebung des Verwaltungsaktes träte die deklaratorische Feststellung, daß der Verwaltungsakt rechtswidrig bzw. rechtmäßig aber unzweckmäßig war. Wenn Ule[128] die Durchführung eines Vorverfahrens deshalb ablehnt, weil der Verwaltungsakt doch nicht mehr aufgehoben werden könne, ist ihm entgegenzuhalten, daß die §§ 68 ff VwGO auf den aufhebbaren Verwaltungsakt zugeschnitten sind. Allein die Tatsache, daß eine davon verschiedene Situation vorliegt, die einen anderen Ablauf des Vorverfahrens bedingt, rechtfertigt noch nicht die Annahme, daß eine entsprechende Anwendung nicht in Betracht komme. Entscheidend ist allein, ob ein dem erledigten Verwal-

---

125) a.A. Kniesch in NJW 1958 S.576 f.

126) Vgl. Maunz-Dürig-Herzog, Art. 19 Abs. 4 GG, Rdn.15; Ule, Verwaltungsprozeßrecht, § 23; Ule in DVBl. 1959 S.537 f; Menger/Erichsen in VerwArch.1967 S.82; Clasen in NJW 1958 S.861 f.

127) Vgl. die Untersuchung bei v.Mutius, S. 147f.

tungsakt angepaßtes Vorverfahren die Funktionen erfüllen würde, die das Vorverfahren beim aufhebbaren Verwaltungsakt tragen und rechtfertigen.

(aa) Entlastungsfunktion

Betrachtet man zunächst das für den Adressaten negative Vorverfahren, so ist festzustellen, daß es in derselben Weise wie ein negatives Vorverfahren beim aufhebbaren Verwaltungsakt zu einer faktischen Entlastung des Verwaltungsgerichts führen kann, nämlich dann, wenn der Adressat sich damit aus welchem Grund auch immer zufriedengibt. Dieser Gesichtspunkt, den Schenke[129] unter anderen betont, sollte jedoch nicht überbewertet werden; denn die dadurch bewirkte Entlastung wird keineswegs immer darauf zurückzuführen sein, daß der Adressat von der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes überzeugt worden ist, sondern zu einem Teil wohl auch darauf, daß der Betroffene resigniert hat. Wenn von der Entlastungsfunktion des Vorverfahrens gesprochen wird, ist auch nicht in erster Linie diese, mehr oder weniger der Entscheidung des Adressaten anheimgestellte Entlastung, sondern die zwingende Entlastung bei Aufhebung des Verwaltungsaktes gemeint.[130]

(aaa) Bei Feststellung der Unzweckmäßigkeit

Wenn die Behörde im Vorverfahren die Unzweckmäßigkeit des erledigten Verwaltungsaktes feststellt, mag das zwar für den Adressaten von Interesse sein können,[131]

---

128) Vgl. Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 113 Anm. I 3 b.

129) Vgl. Schenke in BayVBl. 1969 S.3o4 (3o6).

13o) Vgl. Redeker-v.Oertzen, § 68 VwGO, Anm. 2; v.Mutius, S.118 m.w.N.

zu einer Entlastung des Verwaltungsgerichts führt diese Feststellung jedoch nicht; denn die Beeinträchtigung der Rechtsstellung des Adressaten, die gerade aus der konkludenten Behauptung der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes herrührt,[132] ist damit nicht beseitigt. Eine wichtige Teilfunktion, aus der das Vorverfahren der §§ 68 ff VwGO nicht zuletzt seine Vereinbarkeit mit Art. 19 Abs. 4 GG erfährt, könnte also das Vorverfahren gegen den erledigten Verwaltungsakt nicht mehr erfüllen, ein wichtiger Gesichtspunkt, auf den das BVerwG[133] und ihm folgend Menger,[134] Erichsen[134] und v.Mutius[135] hinweisen.[136]

(bbb) Bei Feststellung der Rechtswidrigkeit

Zu prüfen bleibt, ob mindestens dann, wenn die Behörde im Vorverfahren die Rechtswidrigkeit konstatiert, ein Verwaltungsprozeß zwingend vermieden werden könnte.

---

131) Vgl. Schenke in BayVBl. 1969 S.3o4 (3o6).

132) Vgl. oben S.53 f und 31 f.

133) Vgl. BVerwG, Urt. vom 31.1.1967 in NJW 1967 S.1245; Urt. vom 9.2.1967 in DVBl. 1967 S.379 (381).

134) Vgl. Menger/Erichsen in VerwArch. 1968 S.181 f.

135) Vgl. v.Mutius, S.232 f.

136) Schenke in BayVBl.1969 S.3o4 (3o6) erachtet es für unbedeutend, daß die Zweckmäßigkeitskontrolle im Vorverfahren gegen erledigte Verwaltungsakte ihren Sinn verfehle mit dem Argument, daß der Zweckmäßigkeitskontrolle vom Gesetz ohnehin keine große Bedeutung beigemessen werde, was daraus erhelle, daß auch bei gebundenen Verwaltungsakten ein Vorverfahren durchgeführt werden müsse. Dieses Argument bleibt an der Oberfläche der Betrachtung, denn eine Zweckmäßigkeitskontrolle kann selbstverständlich nur dort sinnvoll sein, wo die Behörde berechtigt ist, Zweckmäßigkeitserwägungen anzustellen. Die Tatsache, daß es Verwaltungsakte gibt, bei deren Erlaß es der Behörde versagt ist, Zweckmäßigkeitserwägungen anzustellen, spricht in

Sollte das der Fall sein, dann wäre allerdings zu erwägen, ob der Tatsache, daß nur die Rechtswidrigkeitsfeststellung zur Entlastung der Verwaltungsgerichte führt, in der Weise Rechnung zu tragen ist, daß das Vorverfahren gegen den erledigten Verwaltungsakt von vornherein auf die Überprüfung der Rechtmäßigkeit zu beschränken wäre.[137)]

Es ist nicht zu bestreiten, daß ein Vorverfahren, in dem die Behörde die Rechtswidrigkeit des erledigten Verwaltungsaktes feststellt, eine gewisse Entlastungsfunktion deshalb hätte, weil sich der Adressat in vielen Fällen damit begnügen würde.[138)] Die Frage, um die es hier geht, ist jedoch die, ob ein solches positives Vorverfahren einen Verwaltungsprozeß analog §§ 68 ff VwGO unzulässig, weil objektiv überflüssig machen würde. Das soll nach Schenke,[139)] Ule[140)] und Bergmann[141)] deshalb der Fall sein, weil die behördliche Feststellung der Rechtswidrigkeit das berechtigte Interesse an einer verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage beseitigen soll. Diese These bedarf der Untersuchung.

Das berechtigte Interesse, das analog § 113 Abs. 1 S.4 VwGO auch für die Klage gegen vorher erledigte Verwaltungsakte gegeben sein muß, ist ein Unterfall des für eine jede Klage erforderlichen allgemeinen Rechtsschutzinteresses.[142)] Ein Rechtsschutzinteresse, d.h. einen Anspruch auf Einsatz der den staatlichen Gerichten übertragenen Ordnungsgewalt,[143)] hat nur der, über

---

keiner Weise gegen die Bedeutung der Zweckmäßigkeitskontrolle bei den Verwaltungsakten, bei deren Erlaß die Behörde Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte berücksichtigen darf.

137) Das würde voraussetzen, daß es sich bei der entlastenden Wirkung der Unzweckmäßigkeitsfeststellung nur um eine fundortsbedingte Besonderheit

dessen Rechtsstellung eine Unsicherheit besteht; denn die Gerichte sollen nicht gezwungen werden können, zu unnützen Zwecken tätig zu werden.[144]
War durch einen erledigten Verwaltungsakt eine Unsicherheit in der Rechtsstellung des Adressaten hervorgerufen worden,[145] dann kann das berechtigte Interesse an einer gerichtlichen Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes somit nur entfallen sein, wenn schon durch die behördliche Feststellung die Unsicherheit in der klägerischen Rechtsstellung beseitigt worden ist.

Stellt die Behörde auf den Widerspruch des Adressaten hin die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes fest, so rückt sie damit von ihrer Behauptung ab, daß ein den Verwaltungsakt rechtfertigendes Verhalten oder eine entsprechende Verantwortlichkeit des Adressaten vorgelegen hätten. Besteht die Unsicherheit in der Rechtsstellung des Adressaten darin, daß er den Erlaß eines ähnlichen Verwaltungsaktes befürchten muß, dann ist die behördliche Feststellung wohl ein Indiz dafür, daß die Behörde, sollte eine ähnliche Situation eintreten,

---

handelt. Dieses Problem des Analogieschlusses soll jedoch an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden. Vgl. dazu Menger/Erichsen in VerwArch. 1968 S.82; Menger, System, S.68 f.

138) Vgl. Wittig in BayVBl.1964 S.394 (396). v.Mutius, S.233; Schenke in BayVBl.1969 S.3o4 (3o5).

139) Vgl. Schenke in BayVBl.1969 S.3o4 (3o5).

14o) Vgl. Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 113 Anm. I 3 b.

141) Vgl. Bergmann in VerwArch.1958 S.333 (363).

142) Vgl. Redeker-v.Oertzen, § 113 Anm.13 und § 43 Anm. 16.

143) Vgl. Menger, System, S.55.

144) Vgl. Schönke, Das Rechtsschutzinteresse, S.1;

145) Vgl. oben S.31 f.

einen entsprechenden Verwaltungsakt nicht mehr erlassen wird. Eine Gewähr dafür bietet die behördliche Feststellung jedoch nicht. So wie die Behörde zunächst von der Rechtmäßigkeit ihrer Maßnahme überzeugt war, diese ihre Überzeugung jedoch wieder revidierte, ist nicht auszuschließen, daß sich ihre Ansicht nicht erneut wandelt, wenn der Wiederholungsfall eintritt und sie sich erneut vor eine Entscheidung gestellt sieht. Dabei kann auch nicht unberücksichtigt bleiben, daß die Behörde u.U. eher bereit sein wird, die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes festzustellen, da dieser der Vergangenheit angehört und sowieso nicht mehr aufgehoben werden kann, zumal sie nach der These vom Fortfall des berechtigten Interesses dadurch verhindern könnte, daß der Betroffene den Rechtsweg beschreitet. Gerade weil sich die behördliche Auffassung nicht mehr in der Aufhebung des Verwaltungsaktes manifestieren kann und muß, weil darüberhinaus eine Änderung in der Beurteilung der Situation nicht ausgeschlossen ist, zumal die Motive, die bei der Entscheidung mitspielten, nicht erkennbar sind, könnte die behördliche Feststellung der Rechtswidrigkeit die Unsicherheit in der klägerischen Rechtsstellung allenfalls mindern, nicht jedoch völlig ausräumen. Jedenfalls bei Wiederholungsgefahr könnte die Unsicherheit nur dadurch ausgeräumt werden, daß die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes in einer Weise verbindlich festgestellt wird, die von einer Änderung der behördlichen Auffassung unberührt bleibt, nämlich durch ein der Rechtskraft fähiges Urteil.

Auch wenn der Verwaltungsakt den Adressaten beruflich oder persönlich diskriminiert hat, wird allein durch die behördliche Feststellung die Unsicherheit in der klägerischen Rechtsstellung keineswegs beseitigt. Greift man nur die Fälle heraus, daß einem Beamten,

Soldaten, Schüler oder anderen in privaten Abhängigkeitsverhältnissen stehenden Personen die Initiierung oder Teilnahme an Veranstaltungen untersagt wurde, die die Behörde zu Unrecht für verfassungsgefährdend hielt. Zwar erklärt die Behörde, daß sie sich in der Beurteilung geirrt habe, wenn sie die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes feststellt. Wenn die Betroffenen jedoch damit rechnen müssen, daß dieses Ereignis dienstliche Repressalien nach sich ziehen oder sonst nachteilig gegen sie verwandt werden könnte, trägt diese behördliche Feststellung ihrem Rehabilitationsinteresse nicht genügend Rechnung. Abgesehen davon, daß sich die behördliche Feststellung auf verschiedene Gründe stützen kann und keineswegs sämtliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Tuns ausgeräumt sein müssen, wäre die nur deklaratorische Feststellung der Behörde, daß sie ihren Verwaltungsakt für rechtswidrig hält (entsprechend § 72 VwGO), für andere Behörden und Gerichte nicht verbindlich. Eine behördliche Feststellung hätte also geringeres Gewicht als ein rechtskräftiges verwaltungsgerichtliches Urteil. Eine solche Feststellung ist also nicht geeignet, die Unsicherheit in der Rechtsstellung des Adressaten völlig zu beseitigen. Das Rechtsschutzinteresse an einem rechtskräftigen Urteil entfällt somit grundsätzlich nicht.
Würde man dem Adressaten bei positivem Vorverfahren den Weg zum Verwaltungsgericht versagen, dann nähme man ihm die Möglichkeit, sich gegen eine Rechtsverletzung durch die öffentliche Gewalt adäquat zur Wehr zu setzen. Die Ansicht, die dem Kläger bei positivem Vorverfahren das berechtigte Interesse versagt, steht deswegen in Widerspruch zu Art. 19 Abs. 4 GG.

Daraus folgt, daß ein positives Vorverfahren einen Verwaltungsprozeß nicht zwingend überflüssig machen kann. Ein Vorverfahren gegen den erledigten Verwal-

tungsakt erfüllt also nicht die Funktion der §§ 68 ff VwGO, das Verwaltungsgericht zu entlasten.

(bb) Selbstkontrollfunktion

Zwar hätte die Behörde auch im Vorverfahren gegen den erledigten Verwaltungsakt Gelegenheit, ihre Maßnahme auf Recht- und ggf. Zweckmäßigkeit hin zu überprüfen und sich dadurch selbst zu kontrollieren. Ob diese Selbstkontrolle mit der durch die §§ 68 ff VwGO intendierten wesensgleich ist, läßt sich nicht damit beweisen, daß man beide unter einen Begriff fassen kann, sofern nicht der Beweis zu führen ist, daß beide Begriffe dasselbe meinen. Die Möglichkeit der Selbstkontrolle, die der Behörde durch die §§ 68 ff VwGO eingeräumt ist, zielt ab auf die Möglichkeit der Selbstkorrektur ihres Verwaltungshandelns.[146] Das Widerspruchsverfahren ist noch Teil des Verwaltungsverfahrens[147] und ist wie dieses darauf gerichtet, den anstehenden Fall in recht-und zweckmäßiger Weise zu erledigen.[148] Erst wenn man das Ziel der Tätigkeit der Verwaltung im Vorverfahren mit aufnimmt, erhält man den Begriff der Selbstkontrolle, wie sie von den §§ 68 ff VwGO intendiert ist. Wenn sich der Verwaltungsakt erledigt hat, ist Verwaltungstätigkeit in Bezug auf den zugrundeliegenden Sachverhalt nicht mehr möglich. Einer im Vorverfahren geübten Selbstkontrolle fehlt somit die Möglichkeit, sich in Verwaltungstätigkeit zu realisieren. Auch von einer im Vorverfahren gegen den erledigten Verwaltungsakt geübten Selbstkontrolle der Verwaltung analog §§ 68 ff VwGO kann deshalb nicht gesprochen werden.

---

146) Vgl. Hans J. Wolff, § 161 I a 2; Redeker-v.Oertzen, § 68 VwGO, Anm.2.

147) Vgl. Ule in DVBl.1959 S.537 (539).

(cc) Rechtsschutzfunktion

Oben bei der Prüfung der These vom Fortfall des berechtigten Interesses durch positives Vorverfahren ist nachgewiesen worden, daß dem Rechtsschutzinteresse des Adressaten nur noch mit einem rechtskräftigen Feststellungsurteil Genüge getan werden kann. Daraus folgt implizit, daß ein Vorverfahren keine Rechtsschutzfunktion haben kann. Es würde im Gegenteil dazu führen, die einzig effektive Art der Rechtsschutzgewährung, eine verwaltungsgerichtliche Klage hinauszuzögern.

(dd) Konsequenz

Die Untersuchung hat ergeben, daß keiner der Gründe, die das Vorverfahren beim anfechtbaren Verwaltungsakt tragen und die dadurch bedingte Verzögerung des gerichtlichen Rechtsschutzes sachlich rechtfertigen, auf das Vorverfahren gegen den erledigten Verwaltungsakt übertragen werden kann. Da die Konkretisierung des Rechtswegs im Wege richterlicher Rechtsfortbildung nur zulässig ist innerhalb der Prinzipien, die im Verfahrensrecht ihren Niederschlag gefunden haben,[149] ist eine Einschränkung der Zulässigkeit der Klage gegen erledigte Verwaltungsakte durch obligatorisches Vorverfahren analog §§ 68 ff VwGO nicht möglich.[150]

148) Vgl. Menger in VerwArch.196o S.66.

149) Vgl. oben S. 27 f.

150) Eine ganz andere Frage ist es, ob der Gesetzgeber ein solches obligatorisches Vorverfahren in verfassungsmäßiger Weise normieren könnte aufgrund seines weitergehenden gesetzgeberischen Ermessens. Daß dieses Vorverfahren nicht in der Weise geregelt werden könnte, daß ein positives Vorverfahren einen Verwaltungsprozeß unzulässig machen soll, weil diese Regelung gegen Art. 19 Abs. 4 GG ver-

cc) Kostenlast bei sofortigem Anerkenntnis der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes im Prozeß

Zu klären bleibt noch, ob der Kläger, wenn er ohne Durchführung eines Vorverfahrens sogleich Feststellungsklage erhebt und die Behörde im Prozeß die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes sofort anerkennt, gemäß § 156 VwGO die Kosten des Prozesses zu tragen hätte.[151)] Das würde bedeuten, daß der Kläger aus eigenem Interesse ein Vorverfahren durchführen und die Verzögerung des gerichtlichen Rechtsschutzes gewissermaßen freiwillig in Kauf nehmen würde. Bedenken gegen die Richtigkeit dieser Ansicht ergeben sich aus folgenden Überlegungen. Stellt die Behörde in einem solchen Vorverfahren die Rechtswidrigkeit ihres Verwaltungsaktes fest, ist die Unsicherheit in der klägerischen Rechtsstellung, wie oben dargelegt,[152] keineswegs ausgeräumt. Der Kläger könnte aber mit Sicherheit davon ausgehen, daß die Behörde die Rechtswidrigkeit im Prozeß sofort anerkennen würde mit der Folge, daß der Kläger die Kosten des Prozesses zu tragen hätte, eine Konsequenz, die den Kläger veranlassen kann, auf eine Klage und damit auf effektive Rechtsschutzgewährung zu verzichten.

---

stieße, ergibt sich aus den obigen Ausführungen zum berechtigten Interesse (S.71 f). Ob aber ein obligatorisches Vorverfahren, welches nur zu einer im Belieben des Adressaten stehenden Entlastung führen würde, mit Art. 19 Abs. 4 GG vereinbar wäre, erscheint deshalb zweifelhaft, weil auch dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Rechtswegs Schranken gezogen sind, die dort erreicht sind, wo die Erlangung von Rechtsschutz in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht zu rechtfertigender Weise eingeschränkt würde (Vgl. dazu Leibholz/Rinck, Art. 19 Rdn.9). Da ein solches Vorverfahren nicht einmal bei positivem Verlauf dem Adressaten einen Prozeß ersparen würde, wäre die dadurch bedingte Verzögerung des Rechtsschutzes aus Sachgründen wohl kaum zu rechtfertigen.

§ 156 VwGO kann jedoch nur dann zum Zuge kommen, wenn der Beklagte zur Klageerhebung keinen Anlaß gegeben hat. Zwar kann das bei der Anfechtungsklage der Fall sein, wenn der Kläger die Dreimonatsfrist des § 75 VwGO nicht abwartet[153] und der Behörde damit die Gelegenheit nimmt, ihre Entscheidung zu revidieren, bevor sie mit einer Klage überzogen wird. Ist ihre Entscheidung aber irreversibel geworden aufgrund des erledigenden Ereignisses, dann hat es die Behörde nicht mehr in der Hand, den Kläger klaglos zu stellen. Anlaß der Klage ist in diesem Fall nicht erst die Entscheidung der Behörde im Vorverfahren, sondern bereits der Erlaß des nunmehr erledigten Verwaltungsaktes.[154] Dann kann aber das sofortige Anerkenntnis der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes im Prozeß nicht die Kostenfolge des § 156 VwGO auslösen.

---

151) Vgl. Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 113 Anm. I 3 b.

152) Vgl. oben S. 71 f.

153) Vgl. Redeker-v.Oertzen, § 156 VwGO, Anm. 1.

154) So auch Schenke in BayVBl. 1969 S.304 (306).

3. Kapitel

Das berechtigte Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit des erledigten Verwaltungsaktes

In einem konkreten Fall ist die Klage nur zulässig, wenn der Kläger das für eine jede Klage erforderliche Rechtsschutzinteresse, d.h. entsprechend § 113 Abs. 1 S.4 VwGO ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit des erledigten Verwaltungsaktes dartun kann. Die Bestimmung des berechtigten Interesses bereitet deshalb besondere Schwierigkeiten, weil von dem Verwaltungsakt gegenwärtig keine Regelung mehr getroffen wird, die beim aufhebbaren Verwaltungsakt regelmäßig das Rechtsschutzinteresse für eine Klage begründet. Da der Kläger weder eine Gestaltung noch eine Leistung, sondern lediglich eine deklaratorische Feststellung begehrt, ähnelt die hier zu behandelnde Problematik der des § 43 VwGO. Bei der nachfolgenden Untersuchung soll der Fall der nachträglichen Erledigung des Verwaltungsaktes (§ 113 Abs. 1 S.4 VwGO) einbezogen und die Probleme, die aufgrund der besonderen Prozeßsituation nur bei der Fortsetzungsfeststellungsklage auftauchen, in einem besonderen Abschnitt vorweg behandelt werden.

A) Sonderprobleme des berechtigten Interesses bei der Fortsetzungsfeststellungsklage des § 113 Abs. 1 S.4 VwGO

I. Kosteninteresse

Ein Problem des berechtigten Interesses, das nur bei der Fortsetzungsfeststellungsklage des § 113 Abs.1 S.4

relevant wird, ist es, ob allein das Interesse an einer auf genauer Erforschung der Sach-und Rechtslage basierenden Kostenentscheidung ausreiche, um das berechtigte Interesse an der gerichtlichen Feststellung der Rechtswidrigkeit zu begründen. § 161 Abs. 2 VwGO sieht vor, daß bei Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache außer im Falle des § 113 Abs. 1 S.4 eine Kostenentscheidung nach billigem Ermessen des Gerichts ergeht. Diese Vorschrift besagt, daß im Falle der Erledigung des Verwaltungsaktes gemäß § 154 VwGO entsprechend dem Ausgang des Verfahrens über die Kosten entschieden wird, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit hat. Bergmann[155] kommt im Gegensatz zur überwiegenden Meinung in der Rechtsprechung[156] und Literatur[157] zu dem Schluß, daß auch das Interesse an einer günstigen Kostenentscheidung das berechtigte Interesse an der Fortsetzung des Anfechtungsverfahrens mit Feststellungsantrag begründe. Zur Begründung führt er aus, daß ein Kläger, der eine zulässige Anfechtungsklage erhoben habe, wegen einer im Laufe des Rechtsstreits eingetretenen Erledigung der Hauptsache auf eine lediglich nach billigem Ermessen zu treffende Kostenentscheidung nur dann verwiesen werden dürfe, wenn ihm jegliches Interesse an einer Entscheidung über die Hauptsache abgesprochen werden müsse. Hier könne der Kläger aber ein Interesse an

---

155) Vgl. Bergmann in NJW 1959 S.5oo (5o1).

156) Vgl. OVG Hamburg, Urt. vom 9.2.1952 in MDR 1952 S.251; BVerwG, Urt. vom 9.1o.1959 in DVBl.196o S.68 (69); BSG, Urt. vom 21.1o.1958 in DVBl.1959 S.141/142, das zu dieser Frage die Revision zugelassen und zurückgewiesen hatte.

157) Vgl. Tietgen in DVBl.196o S.261 (267); Menger in VerwArch.1965 S.81 (94); Clasen in Staats-und Kommunalverwaltung 1965 S.168 (169); Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 113 Anm. I 3 a;

einer Sachentscheidung schon im Hinblick auf die Kostenfrage haben. Wenn der Kläger ohne Erledigung des Verwaltungsaktes bei urteilsmäßiger Entscheidung in vollem Umfange obsiegt hätte, könne er nicht gezwungen werden, sich nach Erledigung des Verwaltungsaktes einer Kostenentscheidung zu unterwerfen, die auf billigem Ermessen beruhe.
Bergmann verkennt bei dieser Argumentation, daß durch die insoweit übereinstimmenden Vorschriften der Prozeßordnungen[158] eine eindeutige Entscheidung dahin getroffen worden ist, daß allein das Interesse an einer auf genauer Erforschung der Sach-und Rechtslage beruhenden Kostenentscheidung, ein an sich anerkennenswertes wirtschaftliches Interesse, nicht ausreicht, um den für eine Sachentscheidung des Gerichts notwendigen Arbeitsaufwand des Gerichts zu rechtfertigen, wenn über die Sache selbst nicht mehr gestritten wird. Daraus folgt, daß die in § 161 Abs. 2 VwGO normierte Ausnahme nur dann eingreift, wenn der Kläger ein über das Interesse an einer günstigen Kostenentscheidung hinausgehendes Interesse nachweisen kann.

II. Das berechtigte Interesse im Hinblick auf einen Amtshaftungsprozeß

1. Problemstellung

In sehr vielen Fällen wird sich die Rechtsbeeinträchtigung des Adressaten durch den Verwaltungsakt darin erschöpfen, daß dem Adressaten materielle Nachteile entstanden sind, deren Ausgleich er vor dem Zivilgericht im Wege einer Amtshaftungsklage geltend machen

---

158) Vgl. § 91 a ZPO, § 193 SGG.

müßte. Der Erlaß eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes erfüllt regelmäßig auch den Tatbestand einer Amtspflichtverletzung.[159] Da die rechtskräftige verwaltungsgerichtliche Feststellung, daß der Verwaltungsakt rechtswidrig war, auch die Zivilgerichte bindet,[160][161] stünde nach einem Urteil des Verwaltungsgerichts die Amtspflichtverletzung als Anspruchsvoraussetzung des Schadensersatzanspruchs aus Art. 34 GG, § 839 BGB fest. Es erhebt sich deshalb die Frage, ob der Kläger das berechtigte Interesse für die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage besitzt, wenn er die damit begehrte Feststellung ausschließlich mit dem Ziel erstrebt, sie in einem nachfolgenden Amtshaftungsprozeß zu verwerten.

Diese Frage kann nur für die nachträgliche Erledigung Bedeutung erlangen, da, wie oben ausgeführt,[162] das Verwaltungsgericht jedenfalls dann, wenn noch keine Klage anhängig war, für dieses Feststellungsbegehren nur subsidiär zuständig wäre. Ob die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts auch bei nachträglicher Erledigung nur noch eine subsidiäre ist, wenn der Kläger in Wirklichkeit nur noch Schadensersatz begehrt, eine Frage, die konsequenterweise zunächst geprüft werden müßte, soll deshalb vorläufig dahinstehen, weil sich der Meinungsstreit auf das Problem des berechtigten Interesses konzentriert und eine Problemlösung, wenn sie einsichtig sein soll, deshalb an diesem Punkt ansetzen muß.

---

159) Vgl. BGH, Urt. vom 23.11.1959 in DVBl.196o S.2o3; Bedenken bei Tietgen in DVBl. 1958 S.715 (717).

16o) Vgl. Schunck-De Clerck, § 121 Anm. 3 a; Redeker-v.Oertzen, § 121 Anm. 9.

161) allerdings nur unter der einschränkenden Bedingung, daß die Beklagten beider Prozesse identisch sind. Vgl. dazu Menger in VerwArch. 1965 S.81 (94).

2. Darstellung des Streitstandes

Einmütig bejaht wird das berechtigte Interesse in Rechtsprechung und Literatur für den Fall, daß durch ein die Rechtswidrigkeit feststellendes Urteil ein Amtshaftungsprozeß vermieden würde, weil die verantwortliche Körperschaft erklärt hat, bereits auf diese Feststellung hin Schadensersatz zu leisten.[163] In allen anderen Fällen ist die Frage, ob ein berechtigtes Interesse des Klägers anzuerkennen sei, äußerst umstritten. Die Ansichten reichen von der grundsätzlichen Bejahung des berechtigten Interesses[164] -von eng umgrenzten Ausnahmen abgesehen[165]- über eine vermittelnde Meinung[166] bis hin zu seiner grundsätzlichen Verneinung.[167]

---

162) Vgl. oben S.38 f.

163) Vgl. Fn.164-167.

164) Vgl. BVerwG, Urt. vom 2o.5.1958 in DVBl.1958 S.713; Urt. vom 9.1o.1959 in DÖV 196o S.95o; Urt. vom 16.12.1959 in NJW 196o S.1363; Urt. vom 6.5.196o in NJW 196o S.1538; Urt. vom 27.2.1963 in DVBl. 1963 S.519.

OVG Lüneburg, Urt. vom 7.12.195o in OVGE 3 S.211 (213); Württ.Bad.VGH (Stuttgarter Senat), Urt. vom 25.1.1951 in DÖV 1953 S.94; VGH Stuttgart, Urt. vom 11.2.1957 in DÖV 1957 S.217 (219); Urt. vom 5.7.1956 in DÖV 1956 S.477;

Bachof, VerfR I,S.183/184; Eyermann/Fröhler, § 42 Rdn.1o4; Redeker-v.Oertzen, § 113, Rdn.13; Bergmann in VerwArch. 1958 S.333 (344,361); ders. in NJW 1959 S.5oo (5o1); Naumann in DVBl.1951 S.14of; Mang in BayVBl.1955 S.241; Meyer, Klaus in DVBl. 1956 S.19o f.

165) Vgl. Fn. 169.

166) Vgl. Menger in VerwArch.1965 S.94/95 und zur Darstellung dieser Meinung oben S.86.

167) Vgl. OVG Münster, Beschl vom 3o.6.195o in DVBl. 1951 S.145; OVG Hamburg, Urt. vom 9.2.1952 in MDR 1952 S.251; Württ.Bad.VGH (Karlsruher Senat) Urt. vom 12.3.1957 in VerwRspr.1o S.288; VG Frankfurt, Urt. vom 8.5.1962 in DVBl.1962 S.495;

Die Meinung, die das berechtigte Interesse grundsätzlich bejaht und die man als die wohl herrschende bezeichnen kann, wird am entschiedensten vom BVerwG vertreten, das zu dieser Frage bisher in zahlreichen Entscheidungen Stellung genommen hat. Bis etwa zum Jahre 1958 war die Rechtsprechung der einzelnen Senate in dieser Frage durchaus uneinheitlich.[168] Nachdem dann der I. Senat im Jahre 1958 wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Frage die Revision zugelassen hatte,[169] vereinheitlichte sich die Rechtsprechung des Gerichts dahin, das berechtigte Interesse zu bejahen, wenn die Feststellung in einem anhängigen oder mit Sicherheit zu erwartenden Amtshaftungsprozeß den Zivilrichter binde und der Kläger hinsichtlich des behaupteten Schadensersatzanspruchs nicht völlig unbegründete Erwartungen hege.[17o] [171]

Zur Begründung seiner Ansicht argumentiert das Gericht folgendermaßen: durch die verwaltungsgerichtliche Generalklausel seien grundsätzlich die Verwaltungsgerichte zur Klärung öffentlichrechtlicher Fragen berufen,

---

VGH Kassel, Urt. vom 22.11.1963 in NJW 1964 S.1638 f; Hess.VGH, Urt. vom 4.12.1964, LS, in DÖV 1965 S.859/86o.

Tietgen in DVBl.196o S.261 (264); Clasen in Staats- und Kommunalverwaltung 1965 S.168; Schober in DÖV 1966 S.552 (554); Schenke in VerwArch.1969 S.332 (354); Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 113 Anm. I 3 a.

168) Vgl. die eingehende Darstellung bei Tietgen in DVBl.196o S.261 (263) und bei VGH Kassel, Urt. vom 22.11.1963 in NJW 1964 S.1638.

169) Vgl. BVerwG, Beschl. vom 8.7.1958 in DVBl. 1958 S.714.

17o) Vgl. die im folgenden zitierten Entscheidungen.

171) Redeker-von Oertzen halten die Auffassung des Gerichts für zu eng, weil es die Erfolgsaussichten der Amtshaftungsklage mit in die Prüfung der Zulässigkeit der Klage einbezieht, vgl. § 113 Anm. 13.

und es müsse deshalb dem Staatsbürger ebenso wie dem Zivilgericht (§ 148 ZPO) möglich sein, das im Zweifel fachverständigere Gericht anzurufen.[172] Wenn der Kläger beabsichtige, Ersatzansprüche gegen die verantwortliche Körperschaft geltend zu machen, sei die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes dafür nicht unerheblich, da die Rechtswidrigkeit mit bindender Wirkung geklärt werde. Der Kläger habe für die Aufhebung des Verwaltungsaktes mit Recht den Verwaltungsrechtsweg gewählt, und es sei weder prozeßökonomisch verständlich noch mit dem wohlverstandenen Interesse des Klägers zu vereinbaren, diesen nunmehr der Feststellung der Rechtswidrigkeit dienenden Prozeß nur mit einer Kostenentscheidung abschließen zu wollen und den Kläger wegen derselben Rechtsfrage auf den Rechtsweg zu den bürgerlichen Gerichten zu verweisen, zumal ohne weiteres anzunehmen sei, daß der Kläger keinen Schadensersatz beanspruchen werde, wenn er im Verwaltungsstreitverfahren unterliege.[173] Auch lege das Zivilgericht auf die Entscheidung der öffentlichrechtlichen Vorfrage Wert und erachte dessen Entscheidung für vorgreiflich.[174]

Auch wenn die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes noch nicht die Annahme rechtfertige, daß der Kläger den Amtshaftungsprozeß gewinnen werde, so erhalte der Kläger doch durch die rechtskräftige Feststellung unangreifbar Klarheit darüber, daß jedenfalls an diesem Punkt seine Schadensersatzklage nicht scheitern könne.

Werde berücksichtigt, daß der Schadensersatzanspruch aus Amtshaftung und eine Klage auf Aufhebung eines

---

172) Vgl. BVerwG, Urt. vom 7.1o.1955 in BVerwGE 2 S. 229 (23o).

173) Vgl. BVerwG, Urt. vom 2o.5.1958 in DVBl.1958 S.713.

174) Vgl. BVerwG, Urt. vom 27.2.1963 in DVBl.1963 S.519.

Verwaltungsaktes im Grunde dem einheitlichen Begehren auf Beseitigung behördlichen Unrechts entspringe und daß nur die Rechtswegregelung eine Fortsetzung des Anfechtungsverfahrens nach Erledigung des Verwaltungsaktes etwa im Wege einer Klageänderung verbiete, werde deutlich, daß der in dem einen Rechtsweg erworbene prozessuale Besitzstand für die Beschreitung des anderen Rechtswegs erhalten bleiben müsse.[175)]

Gegen die Rechtsprechung des BVerwG mit seiner Tendenz zur grundsätzlichen Bejahung des berechtigten Interesses hat sich Menger[176)] gewandt, der sich allerdings auch von der Meinung abhebt, die das berechtigte Interesse grundsätzlich verneint. Nach Menger ist die erste Bedingung für das Vorliegen des berechtigten Interesses, daß die Feststellung der Rechtswidrigkeit für das über den Schadensersatzanspruch entscheidende Gericht von rechtlicher Bedeutung ist, was nur dann der Fall ist, wenn der Beklagte in beiden Prozessen identisch ist. Darüberhinaus müsse der Kläger dartun, daß die von ihm begehrte Feststellung für die Verfolgung seiner Interessen von Nutzen sei. Sei das der Fall, dann sei weiter zu fragen, ob es nicht andere Gesichtspunkte gebe, die dieses Interesse derart überwiegen, daß es nicht mehr als berechtigtes Interesse im Sinne des § 113 Abs. 1 S.4 VwGO angesehen werden könne. Von beträchtlicher Bedeutung sei dabei das Prinzip der Prozeßökonomie, das ein Zurücktreten des klägerischen Interesses an der Feststellung der Rechtswidrigkeit dann gebiete, wenn die begehrte Feststellung lediglich ein Tatbestandsmerkmal einer Anspruchsgrundlage betreffe, die der Kläger im Wege der Leistungsklage noch

---

175) Vgl. BVerwG, Urt. vom 9.1o.1959 in DVBl.196o S.6[illegible] (69).

176) Vgl. Menger in VerwArch.1965 S.94/95.

durchsetzen müsse. Eine Ausnahme soll nach Menger dann in Betracht kommen, wenn der Kläger zur Substantiierung seines Amtshaftungsanspruchs der Vorlage der Akten bedarf, die der Kläger gemäß § 99 VwGO im Verwaltungsprozeß, nicht aber im Prozeß vor dem Zivilgericht verlangen kann.

3. Versuch einer Lösung des Problems

Die Frage, ob und ggf. unter welchen Bedingungen die Absicht, einen Amtshaftungsprozeß zu führen, das berechtigte Interesse an einer verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage begründet, kann nicht beantwortet werden ohne Berücksichtigung der Funktion, die diese Sachurteilsvoraussetzung bei solchen Klagen erfüllen soll, die auf einen deklaratorischen Urteilsausspruch gerichtet sind. Wenn es allgemein heißt, daß der Begriff des berechtigten Interesses sehr weit gefaßt sei und Interessen rechtlicher, wirtschaftlicher und ideeller Art umfasse,[177] so ist damit noch keine für das Feststellungsinteresse und die Feststellungsklage typische Aussage gemacht. Die inhaltliche Bestimmung des Interesses besagt nur, daß ein Interesse, um überhaupt ein berechtigtes sein zu können, so geartet sein muß, daß es gerechtfertigt ist, gerade ein Gericht mit der Frage zu befassen. Daß der Kläger, dem durch einen Verwaltungsakt materielle Nachteile zugefügt worden sind, ein von der Rechtsordnung anerkanntes Interesse daran hat, daß ein Gericht feststellt, daß die ihn betreffende Amtshandlung rechtswidrig war, ist nicht weiter problematisch. Ob dieses - oder ein anderes von der Rechtsordnung als schutzwürdig anerkanntes - Interesse aber ein "berechtigtes" ist, ist allein

177) Vgl. Schunck-De Clerck, § 43 Anm.3; Redeker-v.Oertzen, § 43 Anm. 16/17.

davon abhängig, ob es gerechtfertigt ist, diese Feststellung in einem eigens darauf gerichteten Sachurteil zu treffen oder ob sich der Kläger mit einer Inzidentfeststellung begnügen muß.

Ein rechtsschutzwürdiges Interesse ist ein "berechtigtes" im Hinblick auf eine Feststellungsklage aber nur dann, wenn ein Feststellungsurteil mit seiner rein ideellen Rechtskraftwirkung geeignet wäre, die Unsicherheit in der klägerischen Rechtsstellung zu beseitigen und wenn es zur Beseitigung dieser Unsicherheit notwendig ist.[178] Zwar kann man einem verwaltungsgerichtlichen Urteil, das die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes feststellt, wegen der Bindungswirkung[179] nicht absprechen, daß es geeignet wäre, die Unsicherheit in der Rechtsstellung des Klägers partiell zu beseitigen -vorausgesetzt, daß der Beklagte dieses Prozesses identisch ist mit dem Beklagten des Amtshaftungsprozesses;[180] Bedenken ergeben sich jedoch gegen die Notwendigkeit eines Feststellungsurteils, weil der Kläger die Feststellung inzidenter auch in dem Amtshaftungsprozeß erlangen könnte.

Für das gesamte Prozeßrecht und zwar auch zwischen den einzelnen Ressorts[181] gilt als Ausfluß des Prinzips der Prozeßökonomie[182] der Grundsatz der Subsidiarität der Feststellungsklage gegenüber der das Leistungsbegehren voll erschöpfenden Leistungsklage.[183] Ein Fest-

---

178) Vgl. Menger, System, S.237; Schönke, S.51; Thomas-Putzo, § 256 ZPO, Anm. 5 b.

179) Vgl. Redeker-v.Oertzen, § 121 Anm. 9.

180) Vgl. Menger in VerwArch. 1965 S.94.

181) Vgl. Menger, System, S.246/247.

182) Vgl. Menger, System, S.246.

183) Vgl. Schönke, S.51; Menger, System, S.237; Thomas-Putzo, § 256 ZPO, Anm. 5 d.

stellungsurteil ist also regelmäßig dann nicht mehr notwendig und ein rechtsschutzwürdiges Interesse somit kein "berechtigtes", wenn der Kläger letztendlich Leistung begehrt und auf Leistung klagen könnte.

Allerdings ist das Prinzip der Subsidiarität der Feststellungs- gegenüber der Leistungsklage Ausnahmen zugänglich.[184] Das hier anstehende Problem ist deshalb unter dem Gesichtspunkt zu untersuchen, ob eine solche Ausnahme gerechtfertigt ist. Eine zulässige Ausnahme von dem Prinzip der Subsidiarität liegt dann vor, wenn sich die Befolgung dieses Prinzips wegen der besonderen Umstände des einzelnen Falles als prozeßunökonomisch erweisen würde.[185] Das ist unstreitig dann der Fall, wenn sich die verantwortliche Körperschaft bereit erklärt hat, schon aufgrund der Feststellung, daß der Verwaltungsakt rechtswidrig war, Schadensersatz zu leisten.[186] Auch das BVerwG beruft sich zur Begründung seiner Auffassung auf die Prozeßökonomie, wenn es sagt, daß es prozeßökonomisch unverständlich sei, den Verwaltungsrechtsweg ohne Sachurteil abzuschließen und den Kläger wegen derselben Rechtsfrage auf den Zivilrechtsweg zu verweisen.[187] Es ist zwar nicht zu verkennen, daß ein u.U. erheblicher Arbeitsaufwand des Verwaltungsgerichts umsonst geleistet wäre, wenn sich der Verwaltungsakt erst in einem späten Stadium des Prozesses erledigt. Zum einen ist jedoch das Maß der von einem Gericht aufgewendeten Arbeit kein Kriterium, das allein den Abschluß eines Prozesses mit einem Sachurteil zu rechtfertigen vermag;[188] zum anderen ist es

---

184) Vgl. Schönke, S. 51/52; Redeker-v.Oertzen, § 43 Anm. 22; Menger, System, S.246; ders. in VerwArch. 1965 S.94.

185) Vgl. Schönke, S.51/52.

186) Vgl. dazu oben S. 83 Fn. 164-167.

mit dem Arbeitsaufwand, den das eine Verwaltungsgericht erbracht hat, nicht getan, denn gleichgültig wie das Urteil ausfällt steht dahinter der noch zu erbringende Arbeitsaufwand der Instanzgerichte.[189] Die Berufung des Gerichts auf das Prinzip der Prozeßökonomie greift also nicht durch.

Auch wenn die rigide Durchführung des Prinzips der Subsidiarität dazu führen würde, dem Kläger die Erlangung von Rechtsschutz zu vereiteln, müßte es durchbrochen werden, weil Gesichtspunkte der Prozeßwirtschaftlichkeit nicht dazu führen dürfen, die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG zunichte zu machen. Das könnte, worauf Menger[190] hingewiesen hat, dann der Fall sein, wenn der Kläger von seiner theoretisch vorhandenen Möglichkeit, auf Leistung zu klagen, deshalb keinen Gebrauch machen kann, weil er ohne weitere Sachaufklärung seiner Darlegungslast im Amtshaftungsprozeß nicht nachkommen kann. Hier könnte ein vorgeschalteter Verwaltungsgerichtsprozeß aufgrund des Amtsermittlungsgrundsatzes des § 86 VwGO Abhilfe schaffen. Allerdings ist dem von Menger angeführten Beispiel, daß der Kläger zur Substantiierung seines Amtshaftungsanspruchs der Akteneinsicht bedarf, die er im Verwaltungsprozeß nach § 99 VwGO, nicht aber im Zivilprozeß erzwingen kann, entgegenzuhalten, daß der Kläger hier unmittelbar auf Akteneinsicht klagen könnte. Der umfassenderen Feststellung, daß der Verwaltungsakt rechtswidrig war, bedürfte der Kläger deshalb nicht.

Zu erwägen ist weiterhin, ob sich aus dem Verhältnis

---

187) Vgl. BVerwG, Urt. vom 2o.5.1958 in DVBl.1958 S.713.
188) Vgl. Tietgen in DVBl.196o S.261 (264/265).
189) Vgl. dazu auch Menger in VerwArch.1965 S.94.
19o) Vgl. Menger in VerwArch. 1965 S.94/95.

der Verwaltungsgerichtsbarkeit zur Zivilgerichtsbarkeit Ausnahmen rechtfertigen lassen. Wenn das BVerwG in diesem Zusammenhang auf § 148 ZPO hinweist und argumentiert, daß es dem Bürger ebenso wie dem Zivilgericht erlaubt sein müsse, das für die Beurteilung öffentlichrechtlicher Vorfragen im Zweifel fachverständigere Gericht anzurufen, so ist diesem Argument zunächst entgegenzuhalten, daß das Zivilgericht einen Amtshaftungsprozeß nicht allein deshalb aussetzen könnte, um die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes feststellen zu lassen; denn es handelt sich dabei nicht um die Feststellung eines vorgreiflichen Rechtsverhältnisses,[191] sondern um eine Rechtsfrage. Das Gericht verschiebt auch die Akzente, wenn es die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes als öffentlichrechtliche Vorfrage bezeichnet; denn die Amtshaftungsklage ist ihrer Natur nach eine öffentlichrechtliche Streitigkeit und nicht nur eine aus öffentlichrechtlichen Vorfragen zusammengesetzte privatrechtliche Streitigkeit.[192] Als Argument bleibt also nur die größere Fachverständigkeit des Verwaltungsgerichts übrig. Daß dieses Argument nicht durchgreifen kann, weil damit nur rechtspolitische Kritik an der "systemwidrigen" Zuweisung der Amtshaftungsklagen an die Zivilgerichte geübt wird, ist oben bereits ausführlich dargelegt worden.[193]

Zu prüfen bleibt nur noch das Argument des BVerwG, daß der im Verwaltungsprozeß erworbene prozessuale Besitzstand des Klägers für die Beschreitung des Zivilrechtswegs erhalten bleiben müsse.[194] Der Begriff des prozessualen Besitzstandes ist, soweit ersichtlich, in der

---

191) Vgl. oben S. 14 f.

192) Vgl. dazu Tietgen in DVBl. 1960 S.261 (265).

193) Vgl. oben S. 40/41.

194) Vgl. BVerwG, Urt. vom 9.10.1959 in DVBl.1960 S.68 (69).

Verwaltungsprozeßrechtswissenschaft bisher noch nicht verwendet. Da das Gericht selbst keine häheren Ausführungen dazu macht, kann nur vermutet werden, daß es damit eine dem verwaltungsrechtlichen Besitzstand vergleichbare Position[195] des Klägers kennzeichnen will. Das könnte hier nur bedeuten, daß der Kläger deshalb, weil er den Verwaltungsrechtsweg wegen der Anfechtungsklage bereits beschritten hat, unabhängig von einem Feststellungsinteresse i.e.S. berechtigt sein soll, auf dem Verwaltungsrechtsweg fortzufahren. Ungeachtet der Bedenken, die sich gegen ein solches Institut wegen des Verzichts auf ein besonderes Feststellungsinteresse ergeben,[196] hätte das Gericht berücksichtigen müssen, daß öffentlichrechtliche Besitzstände nicht schlechthin unentziehbar sind, sondern einem erheblichen öffentlichen Interesse weichen müssen.[197] Wenn man bedenkt, daß die rechtskräftige Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes, das Ergebnis eines u.U. über drei Instanzen geführten Prozesses, in keiner Weise eine Gewähr dafür bietet, daß der Kläger im Amtshaftungsprozeß obsiegen wird, wäre hier ein überwiegendes öffentliches Interesse an der prozeßökonomischen Behandlung des klägerischen Rechtsschutzbegehrens nicht zu verneinen.

Als Ergebnis ist also festzuhalten, daß das Interesse, die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes im Hinblick auf einen Amtshaftungsprozeß feststellen zu lassen, nur dann ein berechtigtes ist, wenn die Verweisung des Klägers auf die Amtshaftungsklage ausnahmsweise prozeßunökonomisch wäre - weil die verantwortliche Körperschaft schon aufgrund der Feststellung der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes freiwillig zahlt - oder wenn

---

195) Vgl. zum Begriff Hans J. Wolff, § 43 III c.
196) Vgl. Tietgen in DVBl. 1960 S.261 (264).
197) Vgl. Hans J. Wolff, § 43 III c 2.

dadurch dem Kläger unabwendbare Nachteile entstehen würden. Andere Gesichtspunkte, die nur das Verhältnis des Verwaltungsrechtswegs zum Zivilrechtsweg betreffen, vermögen eine Ausnahme vom Prinzip der Subsidiarität der Feststellungsklage gegenüber der Leistungsklage nicht zu rechtfertigen.

B) Gemeinsame Probleme des berechtigten Interesses bei vorheriger und nachträglicher Erledigung

I. Die abstrakte Bestimmung des berechtigten Interesses bei diesen besonderen Feststellungsklagen

Das berechtigte Interesse, das für die Klage gegen einen erledigten Verwaltungsakt dargetan werden muß, soll nach der überwiegenden Ansicht in Rechtsprechung[198] und Literatur[199] in ähnlicher Weise wie bei § 43 VwGO zu bestimmen sein. Gegen diese Auffassung hat sich mit Nachdruck Geiger[200] ausgesprochen, weil die Feststellungsklage des § 43 VwGO sich grundlegend von der Feststellungsklage gegen einen erledigten Verwaltungsakt unterscheide. Daß für die Feststellungsklage des § 43 VwGO ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis gefordert

---

198) Vgl. OVG Lüneburg, Urt. vom 7.12.1950 in OVGE 3 S.211 (213); Bad.VGH, Urt. vom 20.4.1955 in Gew. Arch. 1955/56 S.109 (110); Württ.Bad.VGH (Karlsruher Senat), Urt. vom 12.3.1957 in VerwRspr. 10 S.220; BVerwG, Urt. vom 28.2.1961 in DVBl.1961 S.444 (445).

199) Vgl. Menger/Erichsen in VerwArch. 1960 S.92; Renck in NJW 1965 S.1791 (1795); Bachof, VerfR II S.277 (Nr. 267); Klinger, § 43 VwGO, S.233 Fn.7; Schunck-De Clerck, § 113 Anm. 2 c,bb; Redeker-v.Oertzen, § 113 Anm. 13; Clasen in Staats- und Kommunalverwaltung 1965 S.168.

werde, sei deshalb sinnvoll und richtig, weil der Kläger plausibel machen müsse, weshalb er sich mit dem Minus der Feststellungsklage begnüge und dieses Minus gerade im Augenblick der Klage geltend zu machen genötigt sei.

Die besondere Feststellungsklage gegen erledigte Verwaltungsakte gehöre aber unter dem Gesichtspunkt ihrer Funktion zu den Anfechtungsklagen. Sie sei eine durch den Sachverhalt erzwungene amputierte Anfechtungsklage, deren rechtliche Besonderheit darin bestehe, daß sie sich auf in der Vergangenheit abgeschlossene und nicht mehr veränderbare Exekutivmaßnahmen beziehe. Die Möglichkeit, "Leistung" bzw. Veränderung der Rechtslage, Gestaltung, zu verlangen, scheide tatsächlich und rechtslogisch aus. Was bei der Anfechtungsklage Grund der Aufhebung des Verwaltungsaktes sei, nämlich die Rechtswidrigkeit, sei bei der besonderen Feststellungsklage der vom Sachverhalt erzwungene und ihm adäquate und einzig mögliche Gegenstand dieser Klage.
Der Rechtsschutzanspruch beschränke sich auf die Durchsetzung und Verwirklichung dieser Feststellung. Deshalb sei das Rechtsschutzinteresse für diese Feststellungsklage genau so zu bestimmen wie bei den Leistungs- und Gestaltungsklagen. Das Rechtsschutzinteresse des Klägers bestehe solange, bis sein Anspruch erfüllt sei. Es entfalle erst und nur dann, wenn die Erfüllung seines Rechtsschutzanspruchs freiwillig gewährt werde, d.h. wenn die verklagte Körperschaft der Rechtsauffassung des Klägers folge und die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes anerkannt habe, genau so wie das Rechtsschutzinteresse für eine Leistungsklage erst dann entfalle, wenn der Schuldner seine Schuld freiwillig zu erfüllen bereit sei.

2oo) Vgl. Geiger in Festschrift für den 45. Dt. Juristentag S.61 (76 f).

Der Ansicht Geigers kann jedoch aus mehreren Gesichtspunkten nicht gefolgt werden. Es ist zwar eine anschauliche Charakterisierung der Klage gegen einen erledigten Verwaltungsakt, wenn Geiger diese als "amputierte Anfechtungsklage" bezeichnet. Zur Ableitung von Rechtsfolgen eignet sich ein solches Bild jedoch nicht.
Die von Geiger aufgestellte Theorie läßt sich auch mit dem geltenden Prozeßrecht nicht vereinbaren. Wenn Geiger postuliert, daß der Kläger immer dann ein berechtigtes Interesse besitze, wenn und solange es die Behörde abgelehnt habe, die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes zuzugestehen, so steht diese Auffassung in Widerspruch zu § 113 Abs. 1 S.4 VwGO. Diese Vorschrift fordert nach Erledigung des Verwaltungsaktes während des Anfechtungsprozesses für den Übergang zum Feststellungsantrag den Nachweis eines berechtigten Interesses. Da sich das Prozeßrechtsverhältnis bis zur Erhebung der Anfechtungsklage regelmäßig aber nur dann entwikkeln kann, wenn es die Behörde im Vorverfahren abgelehnt hat, den Verwaltungsakt aufzuheben, folgt aus dem zusätzlichen Erfordernis des berechtigten Interesses entgegen der Ansicht Geigers, daß dieses nicht schon notwendig aufgrund der Tatsache gegeben sein muß, daß die Behörde sich weigert, die Rechtswidrigkeit anzuerkennen, sondern daß weitere Momente hinzukommen müssen, wobei zunächst dahingestellt sein mag, um welche Momente es sich dabei handeln muß.

Unzutreffend ist die Ansicht Geigers auch insoweit, als er das berechtigte Interesse dann nicht mehr für gegeben erachtet, wenn die Behörde die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes im Prozeß zugesteht.[2o1] Oben[2o2] ist

---

2o1) Insoweit stimmt Geiger mit Schenke, Ule und Bergmann überein. Vgl. dazu oben S.72, Fn.139-141.

2o2) Vgl. oben S. 72 f.

anhand eines Vergleichs der Rechtsstellung des Adressaten vor und nach einem positiven Vorverfahren, in dem die Behörde die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes festgestellt hat, dargelegt worden, daß dadurch die Unsicherheit in der Rechtsstellung des Klägers allenfalls gemindert, nicht jedoch völlig ausgeräumt wird.
Nicht anders stellt sich die Situation für den Kläger dar, wenn die Behörde im Prozeß die Rechtswidrigkeit anerkennt. Die gegenteilige Auffassung Geigers verkennt, daß dann, wenn der Kläger einer deklaratorischen Feststellung bedarf, die materielle Erledigung eines Rechtsstreits nicht in derselben Weise zu bestimmen ist wie bei Ansprüchen, die zB auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme gerichtet sind. Zahlt der Beklagte während des Prozesses, dann ist der Rechtsstreit wegen Zweckerreichung materiell erledigt.[2o3] Ein bloßes Anerkenntnis des Beklagten würde hingegen allenfalls zu einem Anerkenntnisurteil führen, welches auch Sachurteil[2o4] ist, weil nur dieses und nicht schon die einmal erklärte Zahlungsbereitschaft dem Kläger die Möglichkeit gibt, seinen Anspruch durchzusetzen, falls der Beklagte seine Zahlungswilligkeit wieder aufgibt.
Handelt es sich nur noch um eine deklaratorische Feststellung, dann liegt zwar die Annahme, daß schon die Feststellung des Beklagten zur materiellen Erledigung führt, deshalb nahe, weil positive Handlungen vom Beklagten nicht begehrt worden sind. Dabei bliebe aber unberücksichtigt, daß auch in diesen Fällen ein weiteres hinzukommen muß, nämlich die Gewißheit, daß der Beklagte sich diesem Anerkenntnis gemäß verhalten wird. Diese Gewähr ist aber solange nicht gegeben, wie der Beklagte seine Meinung wieder ändern könnte und der

---

2o3) Vgl. Göppinger, S.1.

2o4) Vgl. Ule, Verwaltungsprozeßrecht, § 113 Anm. I 3 a.

Kläger keine Handhabe besitzt, den Beklagten bei seinem einmal erklärten Anerkenntnis festzuhalten. Das ist aber nur durch ein rechtskräftiges Feststellungsurteil möglich. Daraus ist also der - auch für den Zivilprozeß geltende[205] Schluß zu ziehen, daß ein einfaches Anerkenntnis bei deklaratorischen Feststellungen das berechtigte Interesse an einem Sachurteil regelmäßig nicht beseitigt.

Die Bestimmung des berechtigten Interesses, wie Geiger sie vornimmt, ist also zu weit, wenn er sagt, daß die Weigerung der Behörde stets das berechtigte Interesse begründe; sie ist zu eng, wenn er sagt, daß bei einem Anerkenntnis das berechtigte Interesse stets entfiele. Die Ursache dieser unvermeidlichen Widersprüche liegt gerade darin, daß Geiger die Klage gegen erledigte Verwaltungsakte als Leistungsklage konstruiert.

Der richtige Ansatz zur Bestimmung des berechtigten Interesses kann daher nur § 113 Abs. 1 S.4 VwGO in Verbindung mit § 43 VwGO sein.

II. Konkretisierung

Durch § 113 Abs. 1 S.4 VwGO wird das berechtigte Interesse zunächst negativ abgegrenzt in der Weise, daß allein das ehemalige Aufhebungsinteresse nicht ausreicht.[206] Für die positive Bestimmung des berechtigten Interesses ist damit zunächst soviel gewonnen, daß ein darüber hinausgehendes Interesse vorliegen muß. Dabei ist in entsprechender Anwendung der zu § 43 VwGO entwickelten Prinzipien ein gegenwärtiges rechtliches, wirtschaftliches, ideelles, von der Rechtsordnung als schutzwürdig anerkanntes Interesse[207] zu fordern.

---

205) Vgl. Thomas-Putzo, § 307 ZPO, Anm. 1.

206) Vgl. Menger/Erichsen in VerwArch. 1968 S.83.

Daß das der Fall ist, wenn der Verwaltungsakt den Betroffenen diskriminiert hat und er deswegen nachteilige Folgen befürchten muß, zB wirtschaftliche Einbußen[208] oder straf- oder disziplinarrechtliche oder politische Verfolgung,[209] ist zu Recht unbestritten.[210][211] Einmütig bejaht wird das berechtigte Interesse auch für die Fälle, in denen die Gefahr besteht, daß die Behörde, weil es sich um einen wiederholbaren Sachverhalt handelte, demnächst einen ähnlichen Verwaltungsakt erläßt, gegen den effektiver Rechtsschutz wieder zu spät kommen würde.[212]

Ein Gesichtspunkt, der bei dieser letzten Fallgruppe zu erwägen wäre, ist der des vorbeugenden Rechtsschutzes gegen Verwaltungsakte, dessen Zulässigkeit überwiegend,[213] aber keineswegs einmütig[214] bejaht wird. Auch in Fällen dieser Art geht es dem Kläger darum, dem Erlaß eines Verwaltungsaktes vorzubeugen. Daß eine solche Klage dessen ungeachtet auch von denjenigen für zulässig gehalten wird, die dem vorbeugenden Rechtsschutz im übrigen ablehnend gegenüberstehen,[215] ist jedoch kein Widerspruch. Denn soweit durch diese Klage dem Erlaß

---

207) Vgl. Redeker-v.Oertzen, § 43 VwGO, Anm. 17.

208) Vgl. BVerwG, Urt. vom 28.2.1961 in DVBl. 1961 S.444.

209) Vgl. dazu den instruktiven Fall des VGH Bad.Württ. Urt. vom 14.7.1969 in DVBl.1970 S.511;

210) BVerwG, Urt. vom 28.2.1961 in DVBl.1961 S.444; VGH Stuttgart, Urt. vom 11.2.1957 in DVBl.1957 S.217; Menger in VerwArch. 1957 S.357; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 113 Anm. I 3 a; OVG Hamburg, Urt. vom 22.4.1966 in DVBl. 1967 S.422 (424); Schenke in VerwArch.1969 S.332 (354/355);

211) Vgl. auch oben S.32 f.

212) Vgl. VGH Stuttgart, Urt. vom 11.2.1957 in DVBl. 1957 S.217; VGH Bad.Württ., Urt. vom 14.7.1969 in DVBl.1970 S.511 (512); OVG Münster, Urt. vom 3.12.1958 in DÖV 1959 S.711; Mang in BayVBl.1955 S.241; Hans J.Wolff, § 172 III c;

eines Verwaltungsaktes vorgebeugt werden soll, ist das nur eine Folge der Rechtskraft, die den Streitgegenstand erfaßt[216] und in den auch später erlassene Verwaltungsakte fallen, sofern sie mit dem angegriffenen inhaltsgleich sind.[217] Die Klage hat also nur in einer solchen Weise vorbeugenden Charakter wie er auch der Anfechtungsklage zukommt.[218]

Wird das berechtigte Interesse auch in den soeben dargestellten Fällen einmütig bejaht, so ist es um so problematischer für eine andere Fallgruppe, die dadurch gekennzeichnet wird, daß dem Kläger eine politische Betätigung verboten wurde, ohne daß ein in dieser Form wiederholbarer Sachverhalt schon jetzt absehbar wäre oder der Kläger sich durch das Verbot einer nachweislichen Diskriminierung ausgesetzt sähe.

Das OVG Hamburg,[219] dem ein solcher Fall zur Entscheidung vorlag, hat das berechtigte Interesse mit der Begründung bejaht, daß es sich in diesen Fällen bereits daraus ergebe, daß die gerichtliche Kontrolle der Versammlungsverbote auch dann , wenn der für die Versammlung bestimmte Zeitpunkt bereits verstrichen sei, als

---

213) Vgl. Schunck-De Clerck, § 42 Anm. 3 d; Redeker-v.Oertzen, § 42 Anm. 1oo; Menger/Erichsen in Verw. Arch.1968 S.179.

214) Vgl. Hans J.Wolff, § 172 II b.

215) Vgl. Hans J.Wolff, § 172 III c.

216) Vgl. Redeker-v.Oertzen, § 121 Anm. 7.

217) Vgl. Lüke in Jus 1967 S.1 (4/5).

218) Vgl. Lüke in Jus 1967 S.1 (5).

219) Vgl. OVG Hamburg, Urt. vom 22.4.1966 in DVBl.1967 S.422. In diesem Sinne auch schon OVG Hamburg, Urt. vom 3o.1.1953 in DVBl. 1953 S.25o, wobei das Gericht hier allerdings noch in Anlehnung an die §§ 2,15 Reichsvereinsgesetz vom 19.4.19o8 (RGBl. I. S.151) die Aufhebung des Verbots für möglich hielt.

erforderlich erscheine, da andernfalls infolge des Entstehens eines gerichtsfreien Raums eine ernstliche Gefährdung des Grundrechts auf Versammlungsfreiheit nicht außer aller Möglichkeit liege. Gerade im Hinblick auf den durch die Verfassung garantierten erhöhten Grundrechtsschutz erfordere es die Wahrung des Grundrechts der Versammlungsfreiheit, daß behördlich verfügte Versammlungsverbote ohne Rücksicht darauf gerichtlich überprüft werden können, ob es dem Kläger gelinge, ein auf den Einzelfall bezügliches Interesse nachzuweisen. Das Gericht beruft sich zur Begründung seiner Ansicht weiter auf § 15 des Reichsvereinsgesetzes vom 19.4. 19o8,[22o] da der Rechtsgedanke dieser Vorschrift, die die nachträgliche Aufhebung eines Versammlungsverbots zuließ, um "erzieherisch"[221] auf die Behörde zu wirken, heute sogar in verstärktem Maße Bedeutung hätte und die Erwägungen des damaligen Gesetzgebers auch heute noch zuträfen. Eine Verneinung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes für diese politischen bzw. ideellen Belange, deren spezifischer Schutz den Verwaltungsgerichten übertragen sei, würde einen Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG darstellen.

Gegen dieses Urteil haben sich Menger[222] und Erichsen[222] mit der Begründung gewandt, daß die VwGO in Vollzug des in Art. 19 Abs. 4 GG gegebenen Verfassungsauftrags dem einzelnen Rechtsschutz gegen Eingriffe der öffentlichen Gewalt nur in seine[223] rechtlich geschützten Interessenpositionen gewähren wolle. Es sei hingegen nicht der Zweck des verwaltungsgerichtlichen Rechts-

---

22o) RGBl. I S.151

221) Vgl. von Jan, Reichsvereinsgesetz, Vorbemerkung zu § 15, wo es in der Wiedergabe der amtlichen Begründung heißt, daß man die Zulassung des Rechtswegs als das geeignete Mittel zu einer gewissen Erziehung der Polizei auffasse, weil die Entscheidung des Gerichts für künftige Auflösungsfälle wichtig werden könne.

schutzes, den einzelnen in die Lage zu versetzen, das Verhalten der Behörde nur daraufhin zu kontrollieren, ob es dem objektiven Recht entspreche. Zwar sei die Erwägung berechtigt, daß mangels einer gerichtlichen Kontrolle eine Gefährdung der Versammlungsfreiheit nicht außer aller Möglichkeit liege. Der Begriff des berechtigten Interesses könne jedoch deshalb nicht so weit ausgedehnt werden, daß dem einzelnen der Rechtsweg in den Fällen zur Verfügung stehe, in denen er lediglich das Interesse der Allgemeinheit wahrnehmen wolle, da durch § 42 Abs. 2 VwGO eine verwaltungsgerichtliche Popularklage ausgeschlossen sei.

Dieser Begründung ist entgegenzuhalten, daß das Argument der unzulässigen Popularklage hier nicht durchgreift. Aus dem Gesamtzusammenhang des Urteils geht hervor, daß das Gericht trotz der mißverständlichen Formulierung, daß es eines auf den Einzelfall bezogenen berechtigten Interesses nicht bedürfe, damit nicht zum Ausdruck bringen wollte, daß jeder auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Versammlungsverbots klagen könne, sondern nur derjenige, der von dem Verbot betroffen wurde.
Das OVG Hamburg macht also keinen Unterschied zwischen dem von ihm so bezeichneten, auf den Einzelfall bezogenen berechtigten Interesse, das gegeben ist, wenn die Gefahr einer Wiederholung dieses konkreten Falles oder die Gefahr von Strafverfolgungsmaßnahmen oder sonstiger erheblicher Nachteile gegeben ist und dem Interesse des einzelnen an Klarstellung und Verteidigung seiner Versammlungsfreiheit allgemein gegenüber künftigen rechtswidrigen Beschränkungen.

---

222) Vgl. Menger/Erichsen in VerwArch. 1960 S. 62 f.

223) Gesperrt gedruckt in den Ausführungen von Menger/Erichsen.

Einen Anspruch auf Einsatz der den staatlichen Gerichten übertragenen Ordnungsgewalt hat der Bürger dann, wenn über seine Rechtsstellung eine Unsicherheit besteht.[224] Betrachtet man ausgehend von diesem Grundsatz ein Versammlungsverbot oder die Auflösung einer Versammlung in ihren Auswirkungen auf den davon betroffenen Bürger, dann muß er den Eindruck gewinnen, daß sein Tun verbotswürdig war, eine Vorstellung, die wegen der exemplarischen Bedeutung dieses Ereignisses nicht ohne Konsequenzen bleiben wird auf die Einrichtung seines künftigen Verhaltens.
Solange der Bürger nicht in der Lage ist, das Verhalten der Behörde gerichtlich überprüfen zu lassen, wird er den Verwaltungsakt als Hoheitsakt respektieren und zur Vermeidung von Konflikten mit der "Obrigkeit" danach trachten, ähnliche Situationen zu vermeiden, wenn er das Geschehen als unangenehm empfunden hat oder er wird möglicherweise resignieren. Der einzelne kann also im Gebrauch seiner politischen Grundrechte unsicher werden. Zwar bleibt sein Recht auf freie Meinungsäußerung und sein Recht, sich zur Meinungsbildung und Meinungskundgabe mit anderen zu versammeln, auf dem Papier unangetastet, wenn er einmal durch Verwaltungsakt daran gehindert wurde. Die Grundrechte entfalten ihre Funktion, dem Bürger zu ermöglichen, in demokratischer Weise zur öffentlichen Meinungsbildung beizutragen,[225] aber nur dann, wenn er im Gebrauch dieser Rechte nicht verunsichert wird.
Wenn schon das einmalige Verbot wegen Zeitablaufs nicht wieder rückgängig gemacht werden kann, so muß der Bürger um der von ungerechtfertigten Zwängen freien Aus-

---

224) Vgl. Schönke, Das Rechtsschutzinteresse, S.1; Menger, System, S.55.

225) Vgl. Maunz-Dürig-Herzog, Art. 5 GG Rdn.4 und Art. 8 GG, Rdn. 1-6.

übung seiner politischen Grundrechte willen doch die Möglichkeit haben, dieses Verbot überprüfen zu lassen, um dessen Wirkungen, soweit sie seine Entschließungs- und Handlungsfreiheit beeinträchtigen, beseitigen zu können.

Da der Kläger also, sofern er selbst von dem Versammlungsverbot betroffen war, seine Grundrechte auf Versammlungsfreiheit und Meinungsfreiheit verteidigt und nicht lediglich im Sinne einer Popularklage das behördliche Verhalten daraufhin untersuchen lassen will, ob es mit dem objektiven Recht in Einklang stand, steht die Bejahung des berechtigten Interesses in diesen Fällen mit der Funktion des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes nicht in Widerspruch.

Lebenslauf

Am 17. 7. 1944 wurde ich in Oppava/Tschechoslowakei als Tochter des Bundesbahnamtmanns Walter Benischke und seiner Ehefrau Christine Benischke, geb. Scholz geboren.

Ich besuchte in Gießen von 1951 bis 1955 die Volksschule und anschließend in Minden/Westf. das Gymnasium, wo ich im Februar 1964 die Reifeprüfung ablegte.

Im Sommersemester 1964 nahm ich an der Westfälischen Wilhelms Universität zu Münster das Studium der Rechtswissenschaft auf. Am 26.1o.1968 bestand ich vor dem Oberlandesgericht in Hamm die erste juristische Staatsprüfung.

Nach meinem Examen habe ich mit Studien auf dem Gebiet der Ökonomie und der Rechtssoziologie begonnen. Im Jahre 197o erhielt ich vom Land Nordrhein-Westfalen ein Promotionsstipendium, das es mir ermöglichte, meine Dissertation anzufertigen.
Seit dem 1.11.197o befinde ich mich im juristischen Vorbereitungsdienst im Bezirk des Oberlandesgerichts Hamm.